المدخل للفقه الإسلامي

(تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)

محمد سلام مدكور
رئيس قسم الشريعة بكلية حقوق القاهرة



دار الكتاب الحديث

المدخل للفقة الإسلامى

تاريخه ومصادره ونظرياته العامة

محمد سلام مدكور

رئيس قسم الشريعة بكلية حقوق القاهرة

دار الكتاب الحديث

الطبعة الثانية
١٩٩٦

دار الكتاب الحديث

القاهرة : ٩٤ شارع عباس العقاد - مدينة نصر - ص.ب. ٧٥٨١ - هاتف ٢٧٥٢٩٩٠-٢٧٥٢٩٩٣-فاكس. ٢٧٥٢٩٩٢
الكويت : الشرق- ص.ب. : ٢٢٧٥٤- الصفاة 13088 - هاتف ٢٤٦٠٦٣٤-٢٤٦٠٦٣٥-٢٤٦٠٦٢٨-فاكس: ٢٤٦٠٦٢٨

الإهداء

إلى أصدقاء الفقه الإسلامى فى كل بلد وقطر

وإلى الغافلين عن أحكامه ونظمه

وإلى كل متطلع إلى التعرف عليه

وإلى رجال التشريع فى الوطن الإسلامى

أهدى إليهم هذا العمل الصالح إن شاء الله

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

حمدا لله على أن جعل لنا نصيبا من الإسهام فى خدمة هذه الشريعة الغراء، سبحانه أرسل رسوله محمدا بهذه الشريعة السمحة ناسخة لما عداها من الشرائع باقية خالدة على وجه الدهر، صالحة لكل زمان ومكان، متناولة لكل ما يحتاج إليه الناس فى معاشهم ومعادهم، ويصلح به أمر دنياهم وآخرتهم، فلم تكن قاصرة على النواحى الروحية غامطة الحقوق المادية والأدبية، ولم تكن خاصة بأمة دون أمة، ولا بشعب دون شعب، وإنما جاءت بالروحيات والماديات، وجعلت صلاح كلٍّ طريقا إلى صلاح الأخرى واستكمال ثمراتها، كما أنها جاءت عامة شاملة بعد أن مهدت لها الشرائع السابقة، وبعد أن نضجت نفوس البشر وأصبحت صالحة لتلقى شرع مستمر دائم يكفل لها معانى السعادة فى كل ناحية من نواحيها ﴿قل يا أيها الناس إنى رسول الله إليكم جميعا﴾.

* * *

ولما كنت ممن كتب الله لهم الإسهام فى خدمة هذه الشريعة المطهرة، سلخت فى ذلك من عمرى أمدا طويلا، وكلما تقدمت بى الأيام ازددت شغفا بدراستها، وأوغلت فى التفرغ لها والإقبال عليها، لما فى طبيعتها من إمتاع يغرى بالإقبال الجامح والاستغراق الشامل، ولما فيها من دقة وعمق وشمول وإحاطة، ولما فيها من غذاء روحى وتكوين عقلى، وكل ذلك يجعل الناظر فيها عازفا عن كل ما سواها منصرفا إليها بكل ما فيه من قوة. وفقنا الله لاطِّراد ذلك الإقبال، وصرف عنا كل شاغل عن الاستمرار فيه.

وجدير بنا أن نشيد بفضل التدريس الجامعى فهو الذى أتاح لنا فرصة ذلك التعمق والتفرغ، وحفزنا على بذل الكثير من الوقت والجهد فى التوفر على مطالعة كتب الفقه، واستخراج دقائقها وعرضها على الدارسين والقارئين مع ما نبذله فى مشاركة طلاب الدراسات العليا من الإسهام فى إعداد رسائلهم.

والحق أنه لولا التدريس فى الجامعة لما أتيحت لى هذه الفرص، ولا هيئت لى تلك الظروف الدافعة إلى ذلك التفرغ والتعمق فى دراسة الفقه الإسلامى.

* * *

هذا وقد أشرت فى مقدمة كتابى «تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره» ومن قبله «الفقه الإسلامى» إلى رغبتى وشغفى بتدريس تاريخ الفقه الإسلامى لطلاب السنة الأولى بكليات الحقوق، وقد كان يدرس فى السنة الرابعة، وتحققت لنا هذه الرغبة بحمد الله، وتوسعنا فعلا فى دراسة تاريخ تشريعنا الخالد ومصادره، كما اختصرنا فى دراسة أحكام المعاملات فى غير نظرية الملك والعقد.

ولم تقف رغبتى فى تطوير المنهج الدراسى للفقه الإسلامى لطلاب الصف الأول بكلية الحقوق عند هذا الحد، بل ظلت متطلعة إلى تطوير آخر يزيد منهج الدراسة قوة واشتمالا على مختلف أنواع النظريات والقواعد الفقهية بصفة عامة حتى يكون للطالب المتخرج فى كلية الحقوق - وقد أصبح القضاء مقصورا عليه وفى كل أنواعه المختلفة - إلمام بهذه القواعد وتلك النظريات. وخاصة أن كثيرا من مواد قوانيننا المختلفة تتفق أحكامها مع بعض أقوال [1] الفقه الإسلامى إن لم تكن مأخوذة منها بالفعل. فضلا عن أن قانوننا المدنى الجديد قد اعتبرت مادته الأولى الفقه الإسلامى من مراجع القضاء فى الحكم، وهذا نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة : «إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ...»

أضف إلى ذلك أن الباحثين من رجال القانون مع اختلاف أجناسهم ودياناتهم يتجهون إلى دراسة الفقه الإسلامى والاستئناس بأحكامه.

---

(١) الأخذ بالقول الفقهى من أى مذهب كان ما دام يلائم العصر ويساير مصالح الناس أمر ضرورى لابد منه، ولا يتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ كل آراء الفقهاء مستمدة من الأصول الفقهية وعلى رأسها الكتاب والسنة. وما تعبدنا الله سبحانه بمذهب أو قول معين حتى نلتزمه فلا نحيد عنه ولو خالف مصالح الناس، بل كان الجمود والتقيد بمذهب أو رأى معين فى المذهب جناية على الفقه الإسلامى، وسببا فى إعراض السلطة التشريعية عن اللجوء إليه وإيثار القوانين الغربية لعدم صلاحية هذا المذهب أو القول فيه لمسايرة العصر والبيئة.

وقد تم بحمد الله تحقيق هذه الرغبة، وشكلت منذ سنوات لجنة للنظر فى برامج الجامعات وتطويرها، وكان يمثل الشريعة الإسلامية فى هذه اللجنة أستاذنا الفاضل الشيخ محمد فرج السنهورى. وانتهى الأمر إلى وضع منهج لدراسة الشريعة فى السنة الأولى، يحقق ما كنا ننشده ونرغب فيه، وهذا المنهج وإن لم تلتزم به كليات الحقوق فى الجامعات الأخرى، فقد اتخذته نبراسا لى فى وضع منهج جديد لدراسة مدخل للفقه الإسلامى للصف الأول بكلية حقوق القاهرة، جعلته من أربعة أقسام : يتناول القسم الأول منها تاريخ الفقه والأدوار التى مر بها وتكوين المدارس الفقهية، ومراحل تدوين الفقه ومصادره، ويتناول القسم الثانى مصادر الفقه الإسلامى النقلية والعقلية، ويتناول القسم الثالث القضاء والاجتهاد، ومدى حجية الحكم الاجتهادى، كما يتناول القضاء فى الإسلام وما يجب على القاضى أن يقضى به بين المسلمين وغيرهم، والقسم الرابع يتناول عرض بعض النظريات العامة فى الفقه الإسلامى كالمال والملك والعقود، وطرق الوصول إلى الحق وانقضائه وانتقاله، ثم الجنايات المختلفة وأحكامها.

* * *

وهذا المنهج فيما نرى يحقق جانبا عظيما من التطوير المنشود لنا فى دراسة الشريعة فى هذه الكلية، على أننا لا نرى أن تلتزم به الكليات الأخرى المماثلة، فذلك هو شأن الجامعات ومقتضى تحقق الاستقلال فى كل منها على الأخرى، وإن بدا فيما نكتب من عدم التعمق أحيانا فإن مرد هذا إلى الرغبة فى أن يتعرف طالب الصف الأول بكليتنا كثيرا من موضوعات الفقه التى تمس حاجته إليها، بالإضافة إلى أنه عمل جديد لم نسبق إلى الكتابة فيه فى كليات الحقوق أو غيرها، فهو جدير أن يلحقه ما يلحق كل جديد من عدم بلوغه غاية الكمال. والكمال لله وحده.

والله أسأل أن يلهمنى الخير، وأن يكتب لى الفلاح فيما أحاوله من نشر شريعتنا الغراء على الوجه المنشود لنا ولكل مصلح، وأن يجعل عملى هذا محققا

للغـاية منه مفيـدا للدارس والباحـث، وأن يهيىء لنا من أمـرنا رشدا، إنه سـميع مجيب.

١٢ ربيع الأول ١٣٨٠هـ - ٣ سبتمبر ١٩٦٠م. **المؤلف**

* * *

لقد نفدت الطبـعة الأولى من هذا الكتاب نظرا لأن العدد المطبـوع منها كان محدودا، ويبدو أن الطلب على الكتاب من غير طلاب كلـية الحقوق كان كثيرا مما أدى إلى المفـاجأة بنفـاد الطبعـة دون توقع ذلك، والحق أنه كـان فى نيتى ضـغط القسم الأول من الكتـاب ضغطا لا ينقص المعلومات التى به كثـيرا، كى أتمكن من التوسـع فى الكلام عن المصلحة وابتناء الأحكـام عليهـا، وعرض بعض القـواعد الفقـهية، دون أن يخـرج الكتاب فى حجـم أضخم مما هو فيـه. غير أن المفـاجأة بالطبع سوف لا تمكننى من الضغط الذى أقـصده والمراجعة الفاحصة التى أبتـغيها. لهذا سـأعمل جاهدا على ضـغط ما يمكن ضغطه سـريعا وإضافة خـلاصة لما نريد إضافته. والله الموفق.

ربيع أول ١٣٨٣ هـ - اغسطس ١٩٦٣م

* * *

ثم فجأة نفدت الطبعة الثانية للكتاب وأنا مشغول بأعمال الامتحانات وإخراج عدد من مـوسوعة جـمال عبـد الناصر للفقـه الإسلامى، وإعداد مـوضوع علمى آخر، فكان لابد من إعادة طبعه استجابة لرغـبة القراء، وإسهاما منا فى نشر تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره وأهم نظرياته، وإنا نستمد من الله العون والتوفيق.

محرم ١٣٨٦ هـ - مايو ١٩٦٦ م.

المؤلف

تمهيد التشريع الإسلامي ودعائمه

التشريع لفظ مأخوذ من الشريعة التى من معانيها عند العرب[1] الطريقة المستقيمة، والتى أطلقها الفقهاء المسلمون على الأحكام التى سنها الله لعباده على لسان رسوله ليعملوا بها عن إيمان، سواء أكانت متعلقة بالأفعال أم بالعقائد أم بالأخلاق [2]، ومن الشريعة الإسلامية بهذا المعنى اشتق شرع بمعنى أنشأ الشريعة وسن قواعدها. فالتشريع بناء على هذا هو سن القوانين[3] سواء أكانت آتية عن طريق الأديان ويسمى تشريعا سماويا، أم كانت من وضع البشر وتفكيرهم ويسمى تشريعا وضعيا.

والتشريع أيا كان لا يوجد إلا فى مجتمع. إذ لا عمران إلا باجتماع، ولا اجتماع إلا بقانون منظم؛ ولذا فإن وجود الشرائع مصاحب لتاريخ العمران، إذ الإنسان وإن امتاز عن سائر المخلوقات فى الأرض بالعقل فإن فيه صفة الأنانية وحب الذات، فضلا عن تفاوت العقول فى إدراك الفاصل بين الخير والشر وخاصة فيما هو غامض خفى[4].

---

(١) فى القاموس: الشريعة ما شرع الله لعباده والظاهر المستقيم من المذاهب..... والشارع العالم الربانى.

(٢) القصد من وضع الشريعة هو إخراج المكلف عن داعية هواه، وإحساسه بضرورة الخضوع لهذه الأوامر والتقيد بها لحفظ كيان المجتمع بالمحافظة على الضرورات الخمس (الدين والنفس والعقل والنسل والمال) راجع تفصيل ذلك فى كتابنا تاريخ التشريع الإسلامى.

(٣) كلمة قانون أصلها يونانية، والغزالى من الفقهاء يطلقها على كل قاعدة عامة ملزمة ، راجع المستصفى جـ ١ ص ١٢.

(٤) راجع فى حاجة الناس إلى الشرائع مقالا لنا بمجلة الأزهر العدد الصادر فى أغسطس سنة ١٩٥٩.

وعلى ضوء ما تقدم من تعريف الشريعة فإن الإسلام خاتم الشرائع وأعمها[1] وأشملها لأحكام الدين والدنيا، فقد جاء متناولا كل ما يتعلق بالعقيدة، والأخلاق، ومعاملات الناس.

(١) **الأحكام الاعتقادية** : وهى المتعلقة بذات الله وصفاته ورسله والبعث والثواب والعقاب إلى غير ذلك من الأحكام التى يجب على المكلف اعتقادها والإيمان بها، والتى موضع دراستها علم الكلام[2] «الفقه الأكبر».

---

(١) الإسلام: مأخوذ من المسالمة وقد يكون بمعنى التسليم والانقياد، وقد خصصت كلمة «إسلام» أخيرا فى الاستعمال بالدين الذى جاء به محمد بن عبد الله، وهو بهذا الاعتبار آخر الشرائع وأعمها، وقد جاء بما شرع الله لعباده من الأحكام منذ أربعة عشر قرنا تقريبا بالجزيرة العربية، وكان أول ما بدأ فى مكة ثم انتهى بالمدينة. والنصوص متضافرة على عموم هذه الرسالة ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس﴾ سورة سبأ - ﴿قل يأيها الناس إنى رسول الله إليكم جميعا﴾ سورة الأعراف - كما تضافرت النصوص على أنه خاتم الأنبياء ﴿ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين﴾ سورة الأحزاب.

وقد ظهر الإسلام فى بلاد العرب لأن سكانها كانوا خليطا من أديان مختلفة كى يسهل محاجة العقائد جميعها بيسر، ويمكن أن يتعرف المسلمون الحجج التى تبطل دعوى المخالفين . هذا وقد نبتت الأديان الثلاثة التى يدين بها أكثر العالم حول هذه المنطقة، فاليهودية نبتت من صحراء سيناء، والنصرانية من فلسطين، والإسلام من صحراء العرب. ﴿والتين والزيتون * وطور سينين * وهذا البلد الأمين﴾ راجع لنا تاريخ التشريع الإسلامى فى ذلك وفيما كان عليه العرب قبل الإسلام وأثر الإسلام فى عباداتهم وأخلاقهم ومعاملاتهم.

(٢) **علم الكلام** : هو العلم الذى يبحث فيما يتعلق بالعقائد التى ترجع إلى ذات الله وصفاته، وصفات الرسل عليهم السلام واليوم الآخر وما يتعلق بذلك، وسمى هذا الموضوع بعلم الكلام لكثرة ما جرى فيه من جدل بين أهل السنة والمعتزلة فى أوائل العصر العباسى.

والمعروف أن كل من يؤمن بالأديان السماوية يؤمن بالبعث والحساب، ولقد اهتدى تفكير البشر إلى الحياة الآخرة من قديم الزمان، وكان المصريون أسبق الأمم إلى معرفة هذا، كما عرف الكلدانيون بعد ذلك شيئا عن الآخرة، ثم الفرس والأغريق والرومان حتى الهندوكيون والبوذيون فإنهم يؤمنون بأن الروح تنتهى أخيرا إلى وجود آخر. والحق أن العقل البشرى لا يتصور أن يكون مصير جنسه الذى عمر الأرض واكتشف بعض ما فى الكون من نعم وأسرار زائلا إلى الأبد دون رجعة أو جزاء، لا شك أن العقل يتجه إلى أن الموت يخفى من ورائه شيئا آخر، وأن الروح إنما تنتقل من وجود إلى وجود، ومحال أن ينتهى كل شىء بوفاة الإنسان، ويستوى الشرير مع الخيِّر ويزول حق المظلوم، ويفوز به الظالم ـ راجع لنا فى ذلك تاريخ التشريع الإسلامى.

(ب) **الأحكام الخلقية** : وهى المتعلقة ببيان الفضائل الواجب التحلى بها والتى تصور الإنسانية الكاملة، وهذا النوع محل دراسته «علم الأخلاق» فقد روضت الشريعة الإسلامية النفوس على حب الخير، وحببت إليها التواضع، وأرشدت إلى آداب التزاور، والمجالسة، كما نفرت الناس من التكاسل، وتناولت كل ما يدعو إلى الخلق القويم والعمل المجدى والتعاون بين أفراد الأمة.

والحق أن حامل الرسالة الإسلامية كان من أبرز صفاته الخلق الكريم، وقد عظم الله سبحانه من شأنه فى هذا فوصفه بقوله [١] : **﴿وإنك لعلى خلق عظيم﴾** وكانت أمته خير أمة أخرجت للناس ما دامت على ما وصفها الله به من أنها تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، ولهذا كلفها الله بحمل الرسالة الخلقية ونشرها بين الناس. وكان أساس الدعوة الإسلامية هذه الناحية، يقول الرسول ﷺ «إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق».

(جـ) **الأحكام العملية** : وهى المتعلقة بما صدر عن الشخص المكلف من أقوال وأفعال وتصرفات. فالشريعة بعد أن هذبت نفوس الناس وهيأتهم إلى تقبل الأحكام العملية بينت لهم من هو المكلف الذى يخاطب بأحكام الشريعة ويلزم بها، وما هى العوارض التى تؤثر على الشخص فتجعله غير مكلف، وبينت لهم الصحيح والباطل، والحلال والحرام فى تصرفاتهم واتصالاتهم أفرادا وجماعات ودولا، فى السلم والحرب، كما بينت للناس أحكام العبادات التى يتقربون بها إلى الله جل شأنه من طهارة وصلاة وصوم وزكاة وحج وغير ذلك، وهذا النوع فى الواقع هو موضوع علم الفقه الإسلامى الذى دراستنا فى كليات الحقوق جزء يسير منه.

---

(١) سورة القلم جـ ٢٩ / ٤.

دعائم التشريع الإسلامى :

كل تشريع فى الواقع له دعائم[١] يرتكز عليها، ويتوقف عليها بقاؤه وعدمه، وتعلق الناس به وانصرافهم عنه، والمشاهد أن التشريع الإسلامى يجذب الناس إليه بسرعة خاطفة، وأنهم يتقبلونه باطمئنان وانقياد. وما ذلك إلا لأنه يخاطب العقل ويدفع إلى العمل فى الحياة، ويساير الفطرة السليمة **﴿فطرة الله التى فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم﴾**[٢] كما أنه يهدف إلى التسامح والمساواة والحرية، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وإنا لنقدم موجزا لهذه الدعائم التى نرى أنها أساس التشريع الإسلامى.

أولا - نفي الحرج[٣] : لقد راعى المشرع التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم؛ فجاءت تكاليف الإسلام فى حدود الاستطاعة البشرية، يقول الله[٤]: **﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾**، ويقول[٥] : **﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾** ولقد انتقلت هذه المعانى إلى نفس الرسول فقال : «بعثت بالحنيفية السمحاء»[٦] وقد صح عنه عليه السلام أنه ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما».

ومظهر رفع الحرج أن أصول التشريع الموحى بها والمستقرة ليس فيها شىء مما تضيق به صدور الناس ويشق عليهم أداؤه. ولا أعنى بهذا انتفاء أصل المشقة؛ لأن التكليف لا يتحقق إلا مع شىء منها، إذ فيه تحكم فى النفس وحد من جموحها، ولذا فإن الفقهاء والأصوليين يعرفونه بأنه إلزام ما فيه كلفة، وإنما الذى أعنيه هو

(١) الدعامة والدعام عماد البيت وتجمع على دعم ودعائم، وادعم كافتعل اتكأ عليها والدعامة الشرط.

(٢) سورة الروم جـ ٢١ / ٣٠.

(٣) الحرج هو الضيق.

(٤) سورة الحج جـ ١٧ / ٧٨.

(٥) سورة البقرة جـ ٣ / ٢٨٦.

(٦) الحنيفية أى التى فيها إقامة شعائر الله وإبطال غيرها مثلها مثل ملة إبراهيم ﴿قل صدق الله فاتبعوا ملة إبراهيم حنيفا﴾ - السمحة أى التى ليس بها مشاق بل فيها لكل عذر رخصة

خلو التشريع الإسلامى من الحرج والمشقة الزائدة التى تضيق بها الصدور، وتستنفد الجهد(١).

ومع كثرة النصوص الدالة على التيسير فى التكاليف فإنه قد ينجم عند التطبيق فى بعض الأحيان شىء من الحرج والمشقة، نظرا لأن الأحكام إنما جاءت عامة دون نظر إلى فرد أو جزئية، ومن أجل رفع هذا الحرج أيضا عن الأفراد أو فى هذه الجزئيات فإن الشارع قد سن لعباده رخصا (٢) عند الضرورة رفعا للضرر ودفعا للمشقة، فشرع الصيام ورخص فى الفطر للمسافر والمريض والحامل والمرضع، ورخص لمن لا يقدر على القيام فى الصلاة أن يصلى قاعدا أو حسب مقدوره، وجعل للضرورة حكما يختلف عنه وقت السعة والاختيار، فأباح عند الضرورة ما كان محظورا.

هذا والتخفيف فى الشريعة يكون بإسقاط العبادة كالحج عند عدم الأمن، والصلاة للحائض والنفساء، أو بنقص المفروض كقصر الصلاة من أربع ركعات

(١) وفى الفروق للقرافى جـ ١ ص ١١٨ : «إن المشاق قسمان : أحدهما لا تنفك عنه العبادة كالصوم فى النهار الطويل . . . وثانيهما المشاق التى تنفك عنها العبادة وهى ثلاثة أنواع : نوع فى الرتبة العليا كالخوف على النفوس والأعضاء والمنافع فيوجب التخفيف لأن حفظ هذه الأمور هو سبب فى مصالح الدنيا والآخرة. ونوع فى المرتبة الدنيا كأدنى وجع فى أصبع فتحصيل هذه العبادة أولى من درء هذه المشقة لشرف العبادة وخفة المشقة. الثالث مشقة بين هذين النوعين فما قرب من العليا أوجب التخفيف، وما قرب من الدنيا لم يوجبه، وما توسط يختلف فيه لتجاذب الطرفين له»

(٢) قسّم الأصوليون الحكم إلى عزيمة ورخصة. فالعزيمة ما شرع الله من الأحكام العامة ابتداء، أى أن الحكم لا يختص به بعض المكلفين من حيث هم مكلفون، ولا ببعض الأحوال كالصلاة فإنها مشروعة على الإطلاق والعموم على كل شخص وفى كل حال وغيرها من الفرائض.

والرخصة هى ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلى مع الاقتصار على موضع الحاجة فيه مثل قصر الصلاة وإباحة الفطر عند السفر وشرب الخمر وأكل لحم الخنزير عند ضرورة إنقاذ الحياة من ظمأ أو جوع، والأصل فى الرخصة التخفيف ورفع الحرج

فالعزيمة راجعة إلى أصل كلى ابتدائى، أما الرخصة فإنها ترجع إلى أصل جزئى مستثنى من ذلك الأصل الكلى راجع لنا تفصيل هذا فى كتابنا «مباحث الحكم عند الأصوليين» وهو يدرس فى دبلوم الشريعة بالكلية

إلى ركعتين بالنسبة للمسافر، أو بالترخيص للضرورة كإباحة الخمر لإزالة الغصة إلى غير ذلك[١]، أو بالتأجيل كالصيام للمسافر والمريض.

ثانيا - قلة التكاليف : اقتصر التشريع الإسلامى فى التكاليف كى لا يرهق كاهل الناس ولا يشق عليهم، ولكى تبقى مسائلهم تستنتج أحكامها من القواعد العامة مع ملاحظة مصالح الناس تخفيفا عليهم.

ويؤكد هذا المعنى ويبينه قول الرسول : «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدودا فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها»[٢].

ولعل من أثر ذلك أن الصحابة وفقهاء المدينة كانوا يكرهون السؤال عما لم يحدث بعد، وفى القرطبى [٣] : كان عمر بن الخطاب يلعن من يسأل عما لم يكن، وبالاستقراء نجد أن ما فى القرآن من الأوامر والنواهى لا يرهق كاهل الناس. انظر إلى القرآن فإنك واجده فى مقام ذكر المحرمات يعددها ويبينها لتصير محدودة، فيقول مثلا : ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير .... الآية﴾ ويقول: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ... الآية ﴾ بينما عندما يبين ما هو حلال يقول : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم ... ﴾ دون بيان وتحديد، ويقول : ﴿خلق لكم ما فى الأرض جميعا﴾ وفى آية أخرى يقول: ﴿اليوم أحل لكم الطيبات ... ﴾ ثم ينكر على من يشق على الناس فى أمر

(١) مما جاء بكتب الفقه كإبدال التيمم من الوضوء، والجمع بين الصلاتين وتقديمهما بعرفات أو تأخيرها بمزدلفة، وتغيير نظام الصلاة وقت الخوف. راجع تاريخ التشريع للأساتذة السبكى والسايس والبربرى.

(٢) وهذا يفيد كما نرى أن الأصل فى الأشياء الإباحة لا الحظر، فلا يحرم إلا ما ورد نص بتحريمه، يدل على ذلك قوله تعالى فى سورة البقرة : ﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأض جميعا﴾ وقوله فى سورة الأعراف : ﴿قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق﴾ إلى قوله : ﴿قل إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن﴾. راجع لنا نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، بحث مقارن قامت بنشره مكتبة النهضة العربية سنة ١٩٦٢

(٣) جـ ٦ ص ٣٢٢، وراجع روح المعانى جـ ٧ ص ٣٩ للفخر الرازى جـ ١٢ ص ١٠٤

دينهم فيحرم عليهم ما لم ينص على تحريمه بقوله ﴿ولقد فصل لكم ما حرم عليكم . ﴾

فهذا يشير إلى قلة التكاليف فى الفقه الإسلامى، فضلا عن أن ما كلفنا به روعى فيه عدم المشقة، ورفعه عند الضرورة

ثالثا ـ التدرج في الأحكام : ظهر الإسلام بين العرب وقد تأصلت فى نفوسهم غرائز لا يسهل اقتلاعها طفرة وإلا لتحقق الحرج، من أجل هذا جاء القرآن نجوما[(١)] وجاءت أحكامه التكليفية تباعا بعد حدوث أسباب تقتضيها، كى يكون ذلك أوقع فى النفس وأقرب إلى الانقياد، وتتهيأ النفوس بالحكم السابق لتلقى الحكم اللاحق فيسهل عليها الأمر.

فالخمر والميسر خصال متمكنة من نفوس العرب عند بدء التشريع، ولما أراد الشارع تحريمها تدرج فى ذلك فبعد أن قال : **﴿ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا﴾** [(٢)] جاء قول الله تعالى **﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾**[(٣)] وما كثر إثمه ينبغى تركه إذ العبرة فى الحل والحرمة بغلبة جهة المصلحة أو المفسدة، ثم بعد أن مهد نفوسهم بذلك وبغيره [(٤)] قال تعالى [(٥)] : **﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان**

(١) أى على دفعات، وفى القاموس: والمال أداه نجوما أى أقساطا

(٢) سورة النحل فكانت الخمر ـ كما يرى بعض المفسرين ـ مباحة أولا فى صدر الإسلام، فقد ذكرت فى القرآن على وجه الامتنان بها فى الآية المذكورة. راجع تفصيل ذلك فى تفسير الرازى جـ٢ ص ٦٧/ ٦٨ المطبعة البهية، القرطبى جـ ١٠ ص ١٢٧ ص ١٣٣ طبعة دار الكتب وفيه انه روى عن ابن عباس أن هذه الآية نزلت قبل تحريم الخمر، وارى أن الذى يؤيد هذا أن سورة النحل مكية بينما السورة الأخرى التى جاء بها تحريم الخمر تدريجيا نزلت بالمدينة.
والمراد بالسكر الخمر، والرزق الحسن جميع ما يؤكل ويشرب حلالا من هاتين الشجرتين

(٣) سورة البقرة جـ ٢ / ٢١٩.

(٤) إذ جاء بالنسبة للخمر قول الله تعالى فى سورة النساء ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾

(٥) سورة المائدة جـ ٧/ ٩١

فاجتنبوه لعلكم تفلحون* إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾.

والزنى (١) كانت عقوبته أول الأمر الإيذاء بالقول والحبس فى البيت(٢)، ثم تعدل الحكم إلى ما هو أشد من ذلك(٣).

والصلاة كانت أول ما فرضت ركعتين بالغداة وركعتين بالعشى، ثم لما ألفتها النفس واعتادها الناس، أمرنا بالصلوات الخمس.

وقيل إن الصيام أول ما شرع كان ثلاثة أيام من كل شهر(٤)، ثم فرض صوم شهر رمضان بعدما ألف الناس الصوم(٥).

رابعاً ـ مسايرة مصالح الناس : عمد التشريع الإسلامى إلى أن تساير أحكامه مصالح الناس، ولذا فإنه شرع بعض الأحكام ثم أبطلها ونسخها لما اقتضت المصلحة ذلك(٦).

---

(١) وفى القاموس زنى يزنى زنى فجر. وفلانا نسبه إلى الزنا، والزنية آخر ولدك، والزوانى ثلاث قارات باليمامة.

(٢) يقول الله فى سورة النساء آية ١٥ : ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا* واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيما﴾.

(٣) يقول الله تعالى فى سورة النور : ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ..﴾

(٤) وهذا ما ذهب إليه معاذ وقتادة وعطاء وهو مروى عن ابن عباس. راجع كتب التفسير أخذا من قول الله فى سورة البقرة آية ١٨٣ / ١٨٤ : ﴿كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون * أياما معدودات﴾.

(٥) يقول الله فى سورة البقرة : ﴿شهر رمضان الذى أنزل فيه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾.

(٦) جاء فى سورة البقرة : ﴿ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها﴾.

والنسخ[١] قد وقع فعلاً فى بعض الأحكام الشرعية، فالوصية مثلا وجبت فى القرآن من قبل نزول الميراث للوالدين والأقربين، ثم نسخت بآيات المواريث.

وكانت القبلة أولا إلى بيت المقدس، ثم نسخت بعد ستة عشر شهرا أو نحو ذلك وأصبحت إلى الكعبة[٢]، إلى غير ذلك مما جاء فى الكتب الخاصة بالموضوع[٣].

كما رقع النسخ فى بعض أحكام السنة، فقد روى عن الرسول أنه قال: «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها فإنها ترقق القلب، وتدمع العين، وتذكر بالآخرة، ولا تقولوا هجرا».

---

(١) والنسخ فى اصطلاح الفقهاء: رفع الحكم الشرعى لدليل شرعى متأخر، وذلك مراعاة لصالح العباد وتيسيرا عليهم وإرشادا لهم فى أمور الدنيا. ولم يخالف فى وقوعه إلا أبو مسلم الأصفهانى، واتفقوا على جواز نسخ القرآن بغير القرآن، والمتواتر من السنة بغير المتواتر، فقد منعه الشافعى وأصحاب أحمد بن حنبل لأن الله يقول ﴿نأت بخير منها﴾ فأسند الإتيان إليه، وقال قد يكون المأتى به خيرا من المنسوخ، كما أن القرآن معجز بلفظه ومعناه وهو الأصل، والسنة معجزة بمعناها فقط، فوق أنها فرع، كما صح عندهم أن الرسول قال: «كلامى لا ينسخ كلام الله، وكلام الله ينسخ كلامى، وكلام الله ينسخ بعضه بعضا».

أما مالك وأصحاب أبى حنيفة فأجازوا ذلك كله لأن السنة موحى بها، وقالوا إن الحديث ضعيف والخيرية التى ذكرت فى الآية ليست فى اللفظ وإنما هى فى الحكم، والأحكام كلها من عند الله، ونحن نميل إلى ما ذهب إليه الشافعى وموافقوه.

ومع اتفاق الفقهاء على جواز النسخ على ما بينا فإنهم اختلفوا فى المقصود منه فى الآية وفيما وقع. فقال البعض: إن المراد هو نسخ الشريعة الإسلامية لجميع الشرائع، وقيل: المراد رفع حكم بعض الآيات بدليل لاحق من نفس الشريعة، وقالوا: إن هذا إما يكون نسخا للتلاوة دون الحكم أو العكس أو هما معا، يقول الشاطبى: «النسخ إنما وقع معظمه فى المدينة، لما اقتضته الحكمة الإلهية فى تمهيد الأحكام، وقيل المراد بالنسخ هو نسخ القرآن ونقله من اللوح المحفوظ إلى سماء الدنيا. وليس هنا موضع تفصيل هذا البحث، فارجع إليه فى كتب الأصول والتفسير وراجع أيضا الناسخ والمنسوخ لأبى القاسم.

(٢) يقول الله فى سورة البقرة الآية ١٤٤: ﴿قد نرى تقلب وجهك فى السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام﴾.

(٣) يقول السيوطى فى الإتقان جـ ٢ ص ٢٢: إن النسخ وقع فى القرآن فى عشرين موضعا.

والحكم الناسخ يحقق غرض الشارع بعد أن أعد الناس ووطد نفوسهم، ومع هذا فالنسخ قد يكون من الأخف إلى الأشد، وقد يكون العكس، وهو فى الحالين يراعى فيه مصالح الناس فى عصر التشريع.

تعليل الأحكام :

والنسخ وإن كان قد انتهى بانتهاء الوحى فإن الشارع علل الأحكام ليرشدنا إلى أن الحكم يتبع علته ويتغير بتغيرها فى الكثير الغالب، وخاصة فى مسائل المعاملات التى كثيرا ما تتأثر باختلاف المكان وتغير الزمان(١).

ومراعاة مصالح الناس فى أمور معاملاتهم أمر أساسى فى التشريع الإسلامى بدليل توسع الشارع فى بيان عللها، ليدور الحكم مع علته وجودا وعدما، ولينبهنا إلى أن نسلك هذا الطريق ولا نجمد على المنصوص الذى ربما ورد لمصلحة خاصة وبطائفة خاصة وإقليم خاص، ولما كان ذلك أساسا لزم أن تتأثر الأحكام بالبيئة وتغير الأزمان فتتبدل تبعا لذلك على ما سنبينه فى موضعه.

ولما كان المسلمون(٢) فى كل فجاج الأرض مخاطبين بالشريعة، لزم أن يكون التشريع قد راعى مصالحهم رغم اختلاف أجناسهم وأقاليمهم، فإن تضاربت هذه المصالح وكان أساس تحقق بعض المصالح الإضرار بالغير لوحظ تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ودفع الضرر الأكبر بالضرر الأدنى، والمثل على ذلك كثير وسيأتى الكلام عن ذلك.

من أجل هذا نجد القرآن وهو المصدر الأول للتشريع لم يتناول بالتفصيل أحكام المعاملات المالية والجنايات وما يتعلق بالقضاء وعلاقات الدولة الإسلامية

(١) راجع تعليل الأحكام للأستاذ الشيخ شلبى طبع مطبعة الأزهر.

(٢) أما غير المسلمين فينقل لنا ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢٩ : «إن الكفار مخاطبون بالإيمان وبالعقوبات سواء حد الشرب والمعاملات. وأما العبادات فقيل إنهم غير مخاطبين بها أداء واعتقادا، وقيل إنهم مخاطبون بها أداء فقط، وقيل إنهم مخاطبون بهما» وراجع فى هذا فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى للغزالى جـ ١ ص ١٢٨، وقد تناولنا هذا فى كتابنا «مباحث الحكم عند الأصوليين».

بغيرها فى السلم والحرب، وما شابه ذلك مما يتغير بتطور البيئة، وإنما دل عليها بوجه عام وحتى يكــون ولاة الأمر فى كل عصر فى سعــة من أن يفصلوا قوانينهم فــيها حسب مصالحهم، فى حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئى.

خامساً ـ تحقيق العدالة : الناس فى نظر الشريعة سواء، لا تفاضل بينهم بسبب حسب أو نسب أو مال أو جاه، أو بسبب جنس أو نوع أو لون. ليس فيها حاكم يحميه السلطان إن ارتكب ظلمـا، وتحميه الأوضاع إن ارتكب إثـما، بل الجميع أمام الله الحكم العدل ســواء، وفى هذا المعنى يقول الرسول عندما أرادت قريش أن تعفى شريفة[1] من إقامة حد : «إنما هلك الذين من قبلكم إنهم كانوا إذا سرق شريف تركوه، وإذا سرق الضعيف أقـاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» متفق عليه.

وفى هذا المعـنى آية[2] **﴿ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعـدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾** وآية [3] **﴿كونوا قوامين بـالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقـربين إن يكن غنيا أو فقـيرا فالله أولى بهما﴾** وآية [4] **﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾**.

فها هى النصــوص لم تقصر العدالة على طائفة أو جنس وإنما تطلبهـا بالنسبة للجمـيع، بل وحذرت من ترك العدل لأى ســبب، وقد كانت مراعـاة هذه العدالة سببا فى دخول أفواج الناس فى الإسلام.

وهذا عـمــر بن الخطاب وقــد جاءه مصرى يشكو ابــن حاكم مصر «عـمرو ابن العاص» لأنه ضــربه من غير حق، فـيستدعى الحـاكم وابنه إلى مقر الخـلافة، ليقـتص للشاكى، ويقول لـعمرو : «متــى استعبـدتم الناس وقد ولدتهم أمــهاتهم أحرارا».

---

(١) وكانت قد سرقت فاستشفع أهلها بأسامة بن زيد حبيب الرسول لرفع الحد عنها، فغضب وقال لأسامة : أتشفع فى حد من حدود الله، ثم قال الحديث. جاء فى نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٣٥ أنها المرأة المخزومية.

وهو الذى يعتبر نفسه مسئولا عن تصرفات عماله ويقول : «أيما عامل لى ظلم أحدا وبلغتنى مظلمته فلم أغير فأنا ظلمته».

وهذا أبو بكر من قبل عمر فإنه قال فى أول خطبة له : «الضعيف فيكم قوى عندى حتى أرد عليه حقه إن شاء الله، والقوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه إن شاء الله . . .»

فالعدالة فى الإسلام مطلوبة من الحاكم ومن القاضى ومن الأب والزوج ومن الشاهد، ومن كل راع مسئول عن رعيته.

أهم المبادئ التى جاء بها التشريع الإسلامى : ويجدر بنا بعد أن قدمنا لك الدعائم التى ارتكز عليها التشريع الإسلامى أن نذكر لك شيئا من مبادئه القويمة.

١ - **مبدأ التوحيد**: فإنه جمع الناس نحو إله واحد **﴿قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله﴾**[١].

٢ - **مبدأ الاتصال المباشر بالله** دون وساطة أو سيطرة روحية **﴿وقال ربكم ادعونى أستجب لكم﴾** [٢] ، ويقول **﴿ . . . . فإنى قريب أجيب دعوة الداع إذا دعانى﴾**[٣].

٣ - **مبدأ التخاطب مع العقل** : فالتشريع الإسلامى جعل العقول مناط التكاليف وخصوصا فيما يتعلق بأمور الدنيا وبمعرفة الخالق **﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾** ، **﴿أفلا تعقلون﴾**، وروى أن الرسول عليه السلام قال : «إنما يرتفع العباد غدا فى الدرجات الزلفى من ربهم على قدر عقولهم».

ولما كان العلم دعامة تزيد العقل نورا دعا إليه، وحث الناس على التزود منه **﴿وقل رب زدنى علما﴾** [٤]، ويقول الرسول : «طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة».

(١) سورة آل عمران جـ ٣ / ٦٤.
(٢) سورة غافر جـ ٢٤ / ٦٠.
(٣) سورة البقرة جـ ٢ / ١٨٦.
(٤) طه جـ ١١٦ / ١١٤.

٤ ـ **مبدأ إحاطة العقيدة بالأخلاق الفاضلة المهدئة للنفس** ﴿**وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هونا وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما**﴾(١).

٥ ـ **مبدأ جعل التكاليف الشرعية لإصلاح الروح وتطهيرها**، وليس لإرهاق البدن وتسخيره ﴿**ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج، ولكن يريد ليطهركم**﴾ (١) ﴿**خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها**﴾(٣).

٦ ـ **مبدأ التآخى بين الدين والدنيا فى التشريع**، فقد جاءت أحكامه بأمور الدين والدنيا ودعا إليهما ﴿**وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة، ولا تنس نصيبك من الدنيا**﴾ (٤) وقد كان الذهن ينصرف إلى أن الأديان إنما تدعو إلى حرمان النفس وعدم العناية بالأمور المالية.

٧ ـ **مبدأ المساواة والعدالة** : فقد ساوى بين الناس جميعا دون تفريق بين الأجناس والأفراد والأشخاص ﴿**إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم**﴾(٥)، ويقول الرسول لابنته : «اعملى يافاطمة فإنى لا أغنى عنك من الله شيئا».

٨ ـ **مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر** : وهو مبدأ عظيم يصلح بمفرده دستورا لجميع نواحى الإصلاح. وسنتناوله بشىء من البيان عند الكلام عن الحسبة.

٩ ـ **مبدأ الشورى** : فقد جعلت الشورى أساس الحكم فى الإسلام فى وقت كان الحكام فيه هم أصحاب السلطة منفردين. يقول الله تعالى : ﴿**وشاورهم فى الأمر**﴾(٦)، ﴿**وأمرهم شورى بينهم**﴾(٧).

(١) سورة الفرقان ج ١٩ / ٦٣.
(٢) سورة المائدة ج ٦ / ٦.
(٣) سورة التوبة ج ١١ / ١٠٣.
(٤) سورة القصص ج ٢٠ / ٧٧.
(٥) سورة الحجرات ج ٢٦ / ١٣
(٦) سورة آل عمران ج ٤ / ١٩٩.
(٧) سورة الشورى : ٣٨.

١٠ ـ **مبدأ التسامح** وهو أسمى وأعم مما عرف اليوم بمبدأ التعايش السلمى، والإسلام حينما يدعو إلى التسامح إنما يدعو إليه فى عزة وإباء دون أن يعطى هذا التسامح سلطانا لأحد أو ولاية **﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين﴾** (١).

ومع هذا فإنه تعالى يقول : **﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم﴾** أى ينهاكم عن اتخاذ هؤلاء أولياء، وهذا لا يمنع من برهم والإحسان إليهم وإيجاد علاقة طيبة بهم رغم ما سبق منهم.

١١ ـ **مبدأ الحرية** : وقد نادى الإسلام بالمحافظة على حرية الأفراد دون مساس بالصالح العام سواء فيما يتعلق بالعقائد **﴿لا إكراه فى الدين﴾** (١)، **﴿وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر﴾**(٢) أم كان فى مطلق الرأى.

وهذا واحد من عامة الشعب يقول للخليفة عمر بن الخطاب : «والله لو رأينا فيك اعوجاجا لقومناك بسيوفنا»، وهذه امرأة تقاطعه وهو يخطب حاثا الناس على عدم التغالى فى المهور وتقول : «أيعطينا الله ويمنعنا عمر؟!».

١٢ ـ **مبدأ التكافل الاجتماعى:** فجعل الزكاة حقا للفقير فى مال الغنى، وليست تفضلا وامتنانا، فلا تعاظم ولا استجداء لها، بل وكفل الإسلام نفقة الفقير العاجز عن الكسب وجعلها فى بيت مال المسلمين دون نظر لديانة الفقير.

* * *

هذه المبادئ وتلك الدعائم تنبئ عن متانة البناء وقوة أركانه، وصلاحيته للاحتكام إليه فى كل زمان بين جميع الأجناس، ولقد ازدهرت الأمة الإسلامية وقويت شوكتها حينما كانت تخضع فى جميع شئونها للفقه الإسلامى، ثم ضعفت وتفككت حينما جمد الفقهاء وركنوا إلى التقليد دون اعتبار لاختلاف العادات والمصالح، مما جعل الحكام والناس من ورائهم يحتالون على أحكام الفقه،

(١) سورة الممتحنة ج ٢٨ / ٨.　　(٢) سورة البقرة ج ٣ / ٢٥٦.
(٢) سورة الكهف ج ١٥ / ٢٩.

ويحاولون إخضاعها لشهواتهم وأغراضهم، وهكذا، حتى استهان ولاة الأمر باسم الرقى والتحضر بالقوانين الأجنبية، بحجة أن الفقه الإسلامي - بالوضع الذى كان عليه - لا يتفق مع زمانهم، وما تقتضيه المدنية والصلات بالدول الأخرى، وهذا الظن وإن راود أذهان بعض القانونيين فى بعض البلاد الإسلامية، فإنه كان صدى لما هو مستقر فى أذهان الفقهاء الغربيين.

وهذا إن كان فيه إجحاف بالفقه الإسلامى، فإن المسئول فى الحق عن هذا هم رجال الدين الإسلامى الذين تـوانوا عن إظهار محاسن هذا الفقه وعرضه فى ثوب جديد، ولم يكلفوا أنفسهم عناء البحث والاجتهاد لاستنباط أحكام لكل ما جد من أعمال وصلات فى هذا العصر.

غير أنه من أوائل القرن الحالى بدأ المسلمون يحاولون استعادة مجدهم العلمى، ويعملون للرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى، بعد أن وجد من العلماء من كانوا فى كتاباتهم وبحوثهم متحررين عن التقليد المذهبى مراعين مصالح الناس فى اجتهادهم أو ترجيحهم.

والحق أن هذه النزعة ظهرت من قبل فى فترات متباعدة على ما سنبينه بعد.

وهكذا حتى صدر القانون المدنى رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ مقتبسا الكثير من أحكامه من الفقه الإسلامى. فضلا عمّا تنص عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى عليه «إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية»[1].

(١) هذا والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة. فسيرجع القضاة إذن للشريعة الإسلامية يستلهمون مبادئها فى كثير من الأقضية، بل وأخذ القانون بأحكام تفصيلية من الشريعة فى مواده كما أخذ ببعض النظريات العامة، وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون.

«واللجنة تسجل ما صادفت فى مشروع القانون من أحكام أخذت من الشريعة الإسلامية كالأحكام الخاصة بنظرية التعسف فى استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة، وهذه الأحكام جميعها تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهدا من شواهد التقدم فى التقنينات الغربية وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا إلى ما حدث من أحكام فإنهم أحكموا سبكه وتطبيقه على ما عرض فى أقضية لقرون خلت . . .»

وليس هذا فحسب بل إن مختلف القوانين فى بلادنا نجد الكثير من موادها أحكامه متفقة مع الفقه الإسلامى ولو فى الروح على الأقل، ونجد مواضع الخلاف محدودة يمكن مع حسن النية إذا تشكلت لجان من رجال القانون والمتحررين من الفقهاء أن يقربوها من الفقه الإسلامى دون حدوث زعزعة فى مجتمعنا، كما أن كثيرا من الدول الإسلامية الأخرى جعلت الأساس عند وضع قوانينها أحكام الفقه الإسلامى، وإن كانت بعض هذه الدول قد انحرفت فى فهم بعض الأحكام القطعية انحرافا أبعدها عن جادة الصواب، وأخرى باعدت بدستورها بينها وبين الدين الإسلامى وأحكامه.

إلا أن شيئا من كل ما سبق لا يضعف الفقه الإسلامى ولا يزعزع الثقة فيه، بل نجد الأمر على العكس من ذلك فقد أصبح الفقه الإسلامى موضع اهتمام رجال القانون فى الدول المتحضرة الأخرى غير الإسلامية. ففى المؤتمر الدولى للقانون المقارن المنعقد فى مدينة لاهاى سنة ١٩٣٢ يعلن الأستاذ لامبير Lambert الفقيه الفرنسى تقديره الكبير للفقه الإسلامى(١).

(١) وقد أرسل الأزهر مندوبين عنه إلى هذا المؤتمر فى دورته الثانية المنعقدة سنة ١٩٢٧ بناء على دعوة موجهة إلى الأزهر من المؤتمر، وقد تقدم ممثلو الأزهر إلى المؤتمر ببحثين جليلين أحدهما فى بيان المسئولية المدنية فى نظر الإسلام. والثانى فى علاقة القانون الرومانى بالشريعة الإسلامية ونفى بعض ما يزعمه بعض المستشرقين من تأثر الفقه الإسلامى بذلك القانون.

وكان من نتيجة ذلك أن قرر المؤتمرون بإجماع الآراء :

١ - اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام «القانونى المقارن».

٢ - اعتبار الشريعة الإسلامية حية صالحة للتطور.

٣ - اعتبار الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها.

٤ - تسجيل البحث الأول فى سجل المؤتمر باللغة العربية واعتباره بين المجموعة العلمية التى تدخر للرجوع إليها.

٥ - استعمال اللغة العربية فى المؤتمر و التوصية بالاستمرار على ذلك فى الدورات المقبلة.

وكذلك فإن مؤتمر المحامين الدولى المنعقد فى لاهاى سنة ١٩٤٨ والذى اشترك فيه ثلاث وخمسون دولة جاءت قراراته معترفة بدورها بما في التشريع الإسلامي من مرونة وأهمية موصية اتحاد المحامين الدولى بأن يقوم بتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع والتشجيع عليها.

وفى يولية سنة ١٩٥١ عقدت شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولى للحقوق المقارنة مؤتمرا فى كلية الحقوق من جامعة باريس للبحوث فى الفقه الإسلامى تحت اسم (أسبوع الفقه الإسلامى) برياسة (المسيو ميو Monsieur Milliot - أستاذ التشريع الإسلامى فى كلية الحقوق بجامعة باريس، وحضره عدد كبير من رجال الفقه الإسلامى ورجال القانون فى العالم العربى، وكانت مواضيع المحاضرات قد تحددت فى الأمور الآتية :

إثبات الملكية ، والامتلاك للمصلحة العامة، والمسئولية الجنائية، وتأثير المذاهب الاجتهادية بعضها فى بعض، ونظرية الربا فى الإسلام.

وفى خلال بعض المناقشات قال أحد نقباء المحامين السابقين فى باريس «كيف أوفق بين من كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامى وعدم صلاحيته أساسا للتشريع يفى بحاجات المجتمع العصرى المتطور، وبين ما نسمعه الآن مما يثبت خلاف ذلك تماما ببراهين النصوص والمبادئ،»وفى ختام المؤتمر اتخذت القرارات الآتية بالإجماع:

١ - مبادئ الفقه الإسلامى لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها.

٢ - اختلاف المذاهب الفقهية ينطوى على ثروة من المفاهيم والمعلومات من الأصول الحقوقية هى مناط الإعجاب، وبها يتمكن الفقه الإسلامى من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة، والتوفيق بين حاجياتها.

ثم أوصى المؤتمر بإخراج موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الإسلامية للأساليب الحديثة(١).

ومن ناحية أخرى نجد أن رجال القانون الدولى اعتبروا محمد بن الحسن الشيبانى الحنفى (١٣٢ / ١٨٩ هـ) أبا لهم، وألفوا باسمه جمعية خاصة تبحث ما كتبه، وقالوا عنه : «إنه خليق بأن يأخذ مكانه الحق بين رواد القانون الدولى العالميين»(٢).

وحقا إنه قد مضت الأيام على هذه الأفكار، وعلى القرار الذى اتخذه المؤتمر المذكور فلم تنشط حكومة من الحكومات العربية، ولا جامعة أو مجمع من المجامع لتحقيقها. حتى صدر فى سورية مرسوم جمهورى رقم ١٧١١ فى ٣ / ٥ / ١٩٥٦ ونصت مادته الأولى على ما يلى «تصدر كلية الشريعة الإسلامية فى الجامعة السورية موسوعة (دائرة معارف) للفقه الإسلامى غايتها صياغة مباحث الفقه الإسلامى بمختلف مذاهبه وإفراغها فى مصنف جامع مرتب على غرار الموسوعات القانونية الحديثة بحيث :

---

(١) هذا وقد دعت مجلة المحاماة الشرعية فى العدد السابع من السنة التاسعة عشرة (إبريل سنة ١٩٤٨) إلى إنشاء مجمع فقهى لخدمة الفقه الإسلامى، ومما جاء فيه أن الفقهاء السابقين المتأخرين لم ينظموا الفقه التنظيم الحسن الذى يمكن من الاستفادة منه بسهولة، ولو عنوا به لألفوا منه دائرة معارف فقهية خاصة بكل مذهب، ودائرة معارف فقهية كبرى تحيط بجميع المذاهب بأدلتها، وتجمع جميع الفتاوى والأقوال منسقة تنسيق دوائر المعارف القانونية الأوربية، وطالبت إدارة المجلة أن تقوم وزارة العدل والأزهر الشريف بالعمل على إصدار مرسوم بإنشاء المجمع الفقهى تحقيقا لما ينشده رجال الفقه والقانون والتشريع. ولقد فكرت وأنا بالمحاماة ثم بالقضاء فى عمل فهرس تحليلى للموضوعات التى وردت فى كتب الفقه على اختلاف المذاهب تبين فيه المراجع التى جاء بها كل موضوع أو جزئية. وحاولت فترة، ولكن العمل شاق ومضن ويحتاج إلى نفقات ومكتبات وتفرغ، وقد أخرجت كلية الشريعة بجامعة دمشق فى نهاية العام الماضى فهرسا تحليليا مرتبا هجائيا للبحوث التى تناولها كتاب المحلى لابن حزم.

(٢) من نشرة سكرتارية هذه الجمعية للمعاهد التعليمية فى العالم.

(أ) يعرض مواد الفقه الإسلامى عرضا علميا حديثا.

(ب) ويسهل الرجوع إلى نصوصه فى كل موضوع للإفادة منها إلى أبعد حد.

(جـ) ويرشد الباحثين إلى مصادر هذا الفقه ومواطن كل بحث فيه.

وقد ألف مجلس الجامعة السورية[1] لجنة لدراسة الموضوع، ثم احتضنت وزارة الأوقاف المصرية الموضوع وأصدرت قانونا سنة ١٩٦٠ يقضى بإنشاء مؤسسة تدعى دائرة المعارف الإسلامية ترمى إلى وضع مدونة جامعة للمعارف الإسلامية وفقا للأساليب الحديثة. على أن تتبنى هذه المؤسسة مشروع موسوعة الفقه الإسلامى، وقد اعتمدت وزارة الأوقاف لهذا العمل خمسين ألف جنيه، وصرفت منها فعلا مبلغا لبعض المهتمين بالأمر من السادة الزملاء السوريين، وشاءت الظروف أن تشكل اللجنة من أعضاء سوريين ومصريين، وأن يكون لى الشرف أن أكون مقررا لها فعملت جاهدا ـ علم الله ـ مخلصا للفكرة حتى خرج عدد منها فى يوليو ١٩٦١ كنموذج يتضمن بحوثا فقهية من حروف شتى [2] انفرد بكتابة مقدمته التاريخية أستاذنا الكبير الشيخ السنهورى.

(١) راجع موسوعة الفقه الإسلامى فكرتها ومنهاجها ـ التى أصدرتها لجنة الموسوعة، سنة ١٩٥٩ طبع مطبعة جامعة دمشق.

(٢) فمن حرف الألف (آل) كتب عنها أستاذنا الشيخ السنهورى، وكلمة (إباحة) قمت أنا بالكتابة عنها، وكلمة (إجماع) و (إساءة استعمال الحق) كتب عنهما الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، وكلمة (احتساب) كتب عنها الأستاذ الشيخ على الخفيف، وكلمة (احتكار) كتب عنها الأستاذ الدكتور أحمد السمان مدير جامعة دمشق حاليا، وكلمة (استحسان) كتب عنها فضيلة الأستاذ مصطفى الزرقا الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة دمشق، وكلمة (أصل) كتب عنها الأستاذ الدكتور معروف الدواليبى الأستاذ بجامعة دمشق ورئيس وزراء سابق بسوريا.

ومن حرف التاء كلمة (تسعير) كتب عنها الأستاذ الدكتور أحمد السمان.

ومن حرف الدال كلمة (دين) كتب عنها الأستاذ الشيخ على الخفيف.

ومن حرف الراء كلمة (ربا) كتب عنها الأستاذ الشيخ أبو زهرة.

ومن حرف الميم كلمة (معادن) وكتب عنها الأستاذ محمد المنتصر الكتانى الأستاذ بكلية الشريعة بجامعة دمشق.

ولقد كانت فكرة الموسوعة تتهافت على احتضانها عدة جهات، وكان التنافس على احتضانها سببا فى إيجاد تيارات جارفة كان يخشى على الموسوعة منها لولا تحمس وزارة الأوقاف فى ذلك الحين والمجلس الأعلى للشئون الإسلامية، وصمودى وجلدى وما قمت به من مجهود.

وبعد أن ظهر العدد ضاعفت المجهود أنا ومن استعنت بهم فى مكتب الموسوعة من العلماء الباحثين لاستخراج المصطلحات الفقهية، حتي تم ذلك العمل الجليل، ورتبت المصطلحات ترتيبا أبجديا، ولم يبق إلا الكتابة عنها.

ولو كان الحماس للفكرة كما هو ولم توقف أعمال اللجان فترة ويمتنع الإنفاق عليها، لتوالت أعدادها فى الظهور مرتبة ترتيبا أبجديا، ولظهرت فى ثوبها الأخير كاملة نافعة. ومع هذا فما زلنا نرجولها التوفيق والنجاح وألا يقف فى سبيل هذا المجد التاريخى رأى أو مال. وبعون الله تعالى سيبدأ ظهور الموسوعة بإصدار الجزء الأول منها فى ٢٣ يوليو من هذا العام. وقد أسهمت بالكتابة فيه عن جملة مصطلحات، وستليه الأجزاء التالية على التوالى ما لم يوجد المعوق، فقد أعددت مواد الجزء الثانى، ووزعت مصطلحات بعض الأعداد التالية.

موازنة عامة بين التشريع الإسلامى والقوانين الوضعية :

ومع هذا فلو عقدنا موازنة عامة بين التشريع الإسلامى والقوانين الوضعية(١) لأنتجت الموازنة رجحان جانب تشريعنا الإسلامى عن أى تشريع آخر ما دام الحكم منصفا بعيدا عن التعصب والغرض.

١ ــ فهو من ناحية المصدر والنشأة : تشريع إلهى بمصادره وأحكامه الأولى، فهو من عند الله الذى لا تخفى عليه خافية، المنزه عن الخطأ والغرض، ونصوص هذه الشريعة العامة جاءت مطلقة مرنة يطبقها المجتهدون حسبما تقتضيه المصلحة والبيئة دون مساس بأصل القاعدة.

أما التشريع الوضعى فإنه يستمد أحكامه من سلطان الدولة التى تسنه وتعدله وتلغيه حسب الحاجة والبيئة، فهو تشريع قاصر ناقص حتى فى قواعده من وقت النشأة، فالتبديل والتعديل والإضافة أمر دائم مستمر فى قواعده.

---

(١) القانون الوضعى Droit positif هو القانون الذى يهتم بدراسة النظم القانونية المطبقة حاليا على شعب معين.

٢ ـ والتشريع الإسلامى من ناحية الغاية أهم وأشمل لأنه عمد إلى تكوين الإنسان على مثال حسن، وعنى بتوثيق العلائق بين المرء وأخيه وبينه وبين ربه. أما القوانين الوضعية فإنها قاصرة على علاقة الفرد بالآخرين أو علاقته بنفسه بقدر ما يعود على المجتمع فقط.

٣ ـ كما أن التشريع الإسلامى من أول الأول راعى مصلحة الجماعة، وقدمها على مصلحة الفرد عند التعارض، ولم يجعل للأفراد حقوقا طبيعية، وإنما منحهم الحقوق باعتبارهم أعضاء فى المجتمع ورسم لهم طرق استيفائها دون تعسف أو إضرار بحق الغير أو بالمجتمع «لا ضرر ولا ضرار» وجعل دفع الضرر العام مقدما على دفع الضرر الخاص مما يدل على أن نظرته جماعية من البداية، بينما القوانين الوضعية على اختلافها لم تفطن إلى هذا إلا من عهد قريب إذ كانت تعتبر حقوق الأفراد طبيعية خالدة، للفرد مطلق الحرية فى استعمالها دون مراعاة للغير أو المجتمع.

٤ ـ وأيضا فالتشريع الإسلامى قد سن لكل تصرف يحدثه الإنسان حكمين: حكما فى الدنيا يتعلق بمظهر العمل وأثره بين الناس، وحكما فى الآخرة يتعلق بالقصد الحقيقى والباعث عليه. أو بعبارة أخرى حكما ينظم صلته بربه وهذا ينظر فيه إلى حقيقة قصده ونواياه. فيقال هذا الأمر جائز ديانة لا قضاء والعكس. فالتشريع الإسلامى بهذا يحاسب على الأعمال الداخلية حتى التحضيرية، كما يحاسب على الأعمال الخارجية، بخلاف الوضعى فإنه قاصر على الأعمال الخارجية بل على بعضها.

٥ ـ وفوق ذلك فالتشريع الإسلامى فيه ناحية إيجابية وناحية سلبية، فهو يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، فجلب المصالح ودرء المفاسدكلاهما مقصود بذاته، فهو يتفق فى أحكامه مع قانون الأخلاق ومتصل بالضمير الإنسانى اتصالا وثيقا. أما التشريع الوضعى فيغلب على طابعه الناحية السلبية فقط، إذ يعنى فى الغالب بدرء المفاسد والنهى عن الأذى.

٦ - كما أن أحكام التشريع الإسلامى رادعة قوية يخشاها الإنسان فى السر والعلانية، ولا يستطيع أن يتهرب منها أو يحتال عليها، ولا مفر للمؤمن بالله من طاعتها لأنه مسئول عن ذلك فى الدنيا والآخرة.

٧ - بقى أن نقول فى الموازنة أن التشريع الإسلامى شجع على الطاعة وبشر الصالحين أعمالا ووعدهم بالثواب. وفى هذا من الحث على الطاعة والتحذير من الآثام ما فيه لأن المطيع سوف لا يتخلص من عقاب العصيان فقط، بل سيأخذ أجرا على طاعته.

* * *

وبعد فيقينى أنه لن يصلح آخر هذه الأمة إلا بما صلح به أولها. وقد كانت تعاليم الإسلام سببا فى توحيد هذه الأمة من أجناس مختلفة، والسمو بها إلى أعلى الدرجات، وبسط سلطانها على جزء كبير من العالم، فقد كانت الأمة الإسلامية خير أمة أخرجت للناس، وكانت الأمة الأولى فى قوتها وعدالتها حينما كانت مخلصة لدينها متبعة لأحكامه.

ونحن واثقون من أن الفقه الإسلامى بمذاهبه العديدة وآرائه المختلفة إذا استوعبت أحكامه، وأجهد الفقهاء فى العصر الحاضر أنفسهم لمواجهة الحياة مواجهة فعلية غير واقفين عند اجتهاد السابقين، إذ الوقوف عندها كما يقول القرافى «ضلال فى الدين وجهل بمقاصد العلماء السابقين».

فإذا خلعنا ثوب الخمول والجمود، ونفضنا ما بقى على عقولنا من غبار، وتحققت فكرة المجمع الإسلامى فجمعنا العالمين من المؤمنين المتخصصين فى الدين والمتخصصين فى القانون وغيرهم ممن تدعو الحاجة لهم ووضعوا كل جديد على بساط البحث وهو ليس بكثير، ثم عرضوا بضاعتهم عرضا حسنا، وصاغوا الأحكام المتخيرة من الفقه الإسلامى صياغة قانونية محكمة، . إذن لآمن العالم بصدق ما نقول، ولما عارض أحد فى تطبيقه، بل لسارع المسئولون إلى

الأخذ به[١] . نعم إن مجمع البحوث قد تكوّن فى الأزهر وشكلت لجانه وعقد مؤتمره الأول والثانى بالقاهرة وتناولت لجانه بعض المسائل بالبحث، وخرج المؤتمر ببعض التوصيات غير أننا ننتظر منه أن يستعرض كل جديد ليبين حكم الله فيه.

وكان مما بحثه المؤتمر ونشر فى مجلته: الاجتهاد، وتلفيق الأحكام والملكية والتأميم، ومن القرارات التى أصدرها جواز تنظيم النسل بالنسبة لكل أسرة حسب ظروفها وإمكانياتها مع بقاء أصل الصلاحية للحمل[٢].

اللهم هؤلاء جنودك الذين عرفوا فضل شريعتك، ونحن خدام هذه الشريعة السمحة التى نشأنا فى محيطها ونأمل أن نموت ونحن فى خدمتها، وفقنا يا إلهى إلى العناية بها ووضعها فى مكانها اللائق بها فى الحياة، ووفق أولى الأمر فى الأمة الإسلامية إلى الاسترشاد بها والاحتكام إليها، فهذا منك فضل علينا كما تفضلت بها يارب العالمين.

---

(١) يقول الأستاذ الدكتور السنهورى وهو القانونى الباحث الفاحص الذى قارن فى دراسته القانون بالفقه الإسلامى : «وفى الشريعة الإسلامية عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل فى الرقى عن أخطر النظريات الفقهية التى نتلقاها اليوم عن الفقه الغربى»، ويقول أيضا: «إن الشريعة الإسلامية بحالتها الموجودة صالحة لأن تكون مصدرا للتقنين».

ويقول فى العدد الأول لمجلة المحاماة الشرعية فى أكتوبر سنة ١٩٢٩، إن الشريعة الإسلامية إذا صادفت من يعى بأمرها تستطيع أن تجارى القانون الحديث دون تقصير بل وتتفوق عليه فى بعض المسائل».

ويقول المستشرق المجرى الأستاذ قمبرى : «إن فقهكم الإسلامى واسع جدا إلى درجة أننى أعجب كلما فكرت فى أنكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وزمانكم».

ويقول الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد فى خاتمة رسالته فى نظرية إساءة استعمال الحق : «ويجدر بنا أن نختتم بحثنا بالإشارة إلى أننا أغنياء بفقهنا عن أن نستعين بغيره من مستحدثات القوانين، وأن الشريعة الإسلامية التى وسعت العالم الإسلامى فى أزهى عصوره، وقضت حاجة بلادنا من التشريع مئات السنين لا تقصر عن أن تكون أصلح مصدر للمشرع يأخذ منه أحكام قانون مدنى موحد».

(٢) طلبت إلى جامعة القاهرة فى أواخر سنة ١٩٦٥ أن ألقى محاضرة عامة بها فى موضوع نظرة الإسلام إلى مسألة تنظيم النسل، فبحثت الموضوع كعادتى بحثا مقارنا فى جميع المذاهب الإسلامية، وكانت نتيجة البحث أن الإسلام يجيز لكل أسرة أن تتحكم فى الإنجاب والنسل بما يتفق مع طاقتها وقدرتها على الرعاية والإنفاق. وقد قامت مكتبة النهضة العربية بنشر ذلك فى كتاب بعنوان «نظرة الإسلام إلى تنظيم النسل».

كما عينت عضوا بلجنة التوعية والتوجيه باللجنة العليا لتنظيم الأسرة، واستعانت بى بعض أجهزة الدولة لهذا الغرض فقمت بواجبى على خير وجه يرضى الله، ويحقق صالح الأسرة والجماعة.

القسم الأول

تاريخ الفقه الإسلامي

ويتكون من أربعة فصول

الفصل الأول
التعريف بالفقه الإسلامى وبيان نزعته وأنواع أحكامه

المبحث الأول
الفقه الإسلامى ونزعته الجماعية

التعريف بكلمة فقه والأدوار التى مرت بها : جاء فى كتب اللغة : الفقه[1] بالكسر : العلم بالشىء والفهم له والفطنة، وغلب على علم الدين لشرفه.

ثم أطلقت كلمة فقه على ما يتناول الأحكام الدينية جميعها ما كان منها متعلقا بأحكام العقائد، أو الأحكام العملية، وكان الفقه يطلق على تفهم هذه الأحكام وإدراكها جميعها. كما كان يطلق على جميع هذه الأحكام نفسها لا فرق بين حكم وآخر، ومن هذا قول الله تعالى : **﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم﴾**[2].

والفقه بهذا الإطلاق كان يمثل الطابع الحقيقى للتفكير الإسلامى، لأن الفقه حتى فيما يتعلق بالعقائد وأمور الآخرة إنما يقوم على القرآن والسنة، ويدور حولهما.

ثم بعد انتهاء العصور الأولى للإسلام اتسعت الفتوحات ودخل فى دين الله أقوام كثيرون مما استتبع ازدياد الأحكام وتنوع الفتاوى، فدعا هذا إلى قصر كلمة فقه على العلم بطائفة من الأحكام الشرعية[3] العملية

---

(١) القاموس باب الهاء فصل الفاء ج ٤، هذا وقد ذكرت مادة فقه فى القرآن فى عشرين موضعا.

(٢) سورة التوبة ج ١١ / ١٢٢.

(٣) الحكم الشرعى : هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين من طلب أو تخيير أو وضع.
وهو باعتباره قاعدة لم يوضع لحالة خاصة أو فرد معين وإنما هو قاعدة كلية. فقد جاء فى كتاب مجامع الحقائق لأبى سعيد الخادمى ص ٣١٩ «الحكم يراعى فى الجنس لا فى الأفراد»،=

المكتسبة من أدلتها التفصيلية، كما أطلقوا الفقه أيضا على هذه الأحكام نفسها (١).

طريق معرفة الفقه وموضوعه ومصدره : يستنبط علم الفقه بالرأى والاجتهاد ويحتاج فى معرفته إلى التأمل والفهم(٢).

= هذا والحكم يفترض وجود ما يأتى :

(أ) الحاكم وهو الله تعالى لأنه مصدر الأحكام. يقول الآمدى فى كتابه الأحكام جـ١ ص ٤١ : «لا حاكم سوى الله ولا حكم إلا ما حكم الله به». ويقول الغزالى فى المستصفى : جـ١ ص ٦ : «وفى البحث عن الحاكم يتبين أنه لا حاكم إلا الله» . ولذا فقد اتفق الفقهاء على أن لله حكما فى كل مسألة.

(ب) المحكوم فيه : وهو الفعل الذى يتعلق به الحكم الشرعى.

(جـ) المحكوم عليه : وهو المكلف نفسه ممن يتجه إليهم خطاب الشارع ويلزم بهم التكليف.

هذا والحكم الشرعى نوعان :

حكم تكليفى : نسبة إلى التكليف من الشارع بفعل شىء أو تركه، والأفعال إما أن تكون واجبة أو مندوبا فعلها أو مباحة أو مكروهة أو حراما. فمثلا البيع حكم تكليفى مباح والربا حكم تكليفى حرام.

حكم وضعى : وهو ما كان موضوعا كسبب أو شرط أو مانع للأفعال. أو ما يترتب على الأفعال من صحة أو بطلان أورخصة أو عزيمة، فمثلا فعل القتل سبب القصاص. فالقصاص حكم وضعى لفعل القتل، وتسليم المبيع شرط لإيفاء العقد ووجود عيب فى المبيع مانع من لزوم العقد.

والحكم الوضعى لتصرف من له أهلية أداء بالبيع صحة العقد، أما بالنسبة لتصرف فاقد الأهلية فإن العقد يكون باطلا، وكذلك فإن المرض أو السفر رخصة للفطر فى رمضان ولقصر الصلاة. راجع لنا فى ذلك كتاب «مباحث الحكم عند الأصوليين».

(١) راجع حاشية الرهاوى المصرى على شرح المنار لابن ملك جـ ١ ص ١٩ فإنه يقول : «الفقه فى اللغة الفهم وفى الاصطلاح العلم بالأحكام الشرعية الاستدلالية بالتفصيل» والمستصفى جـ١ ص ٤ وفواتح الرحموت بهامش المستصفى جـ ١ ص ٢٠ والبدائع جـ ١ ص ٢ والإحكام فى أصول الأحكام جـ ٥ ص ١٢٧، ١٣١، ١٣٢.

(٢) يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٢٦٤ «والفقه أخص من الفهم لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه وهو قدر زائد عن مجرد فهم وضع اللفظ فى اللغة، ويتفاوت الناس فى الفهم بتفاوت مراتبهم فى الفقه والعلم».

موضـوع علم الفقه وإن كـان الأحكام الشرعية لأفـعال الإنسان كـالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهية، وكـون التصرف صحيحـا أو باطلا، والعبادة أداء أو إعـادة أو قـضـاء إلا أنه فى الـواقع يتكون من جـزأين : العـلم بالأحكام الشرعية العمليـة، والعلم بالأدلة التفصيلية لكل حكم[١]. فإذا قـيل أن الربا حرام والبيع حلال ذكر الدليل : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ وهكذا.

والأحكام الفقهـية وإن كانت كثـيرها من سائر الأحكام الشرعـية تؤخذ من الوحى[٢] كتابا كان أو سنة، إلا أن الفقيه إذا لم تـسعفه النصوص الموحى بها لجأ إلى استلهام روح الشريعة ومقاصدها، وفى هذا أكبر مجال للاجتهاد[٣].

الفقيه :

الفقـيه فى الاصطلاح الشرعى ، من يكون الفـقه ملكة له[٤]،ويطلق على المتفقهين العـارفين بالأحكام الشرعية، الثابتة للأفعـال الإنسانية، التى هى موضوع علم الفقه[٥].

(١) راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

(٢) الوحى فى اللغة الإشارة والإلهام والكلام الخفى. وأطلق على الإعلام بالشىء فى خفاء وسرعة دون مقدمات وتـفكير، واستعمل بمعنى الإلهام، ولا يعـرف حقيقته إلا الأنبـياء. وقد ورد فى القرآن بأنواع ثلاثة :

الإلهام، والسمع من وراء حـجاب، والتلقى بواسطة الملك : ﴿وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيوحى بإذنه ما يشاء﴾.

(٣) راجع حاشية الرهاوى على شرح المنار لابن ملك ص ١٩.

(٤) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت بهامش المستصفى ج١ ص ١١.

(٥) يقول الغـزالى فى المستصـفى ج ١ ص ٤ : «ولا يخفى أن للأفعال أحـكاما عقلية أى مـدركة بالعقل ككونها أعراضا وقائمة بالمحل ومخالفة للجوهر، وكونها أكوانا حركة وسكونا وأمثالها، والعارف بذلك يسمى متكلما لا فقيهـا. وأما أحكامنا من حيث إنها واجبة ومحظورة ومكروهة ومندوب إليها فإنما يتولى الفقيه بيانهـا» وفى التوضيح على التنقيح : «وما كان يطلق اسم الفقه فى الصدر الأول إلا على الملكة الفاضلة الشريفة والبصيرة الراسخة النبيهة. وصاحب هذه الملكة الغالبة هو المجتهد والفقيه على الحقيقة».

والشخص لا يصير فقيها إلا بمعرفة جملة من الأحكام الشرعية المتعلقة بأفعال المكلفين[(١)] ولابد أن يكون العلم بها ناشئا عن نظر واستدلال بأدلتها التفصيلية، وذلك بمعرفة معانى النصوص وعللها، وضبط الفروع بأصولها.

ثم شملت كلمة فقيه العارف بالأحكام العملية الضرورية، أو الناشئة عن استنباط من مجتهد اجتهادا مذهبيا، أو من طريق الأخذ والتفهم من أقوال الفقهاء. وعلى هذا فالعارف بالفقه عن طريق التقليد والتفهم لأقوال الفقهاء يعتبر الآن فقيها.

والأحناف من الفقهاء يشترطون ليكون الشخص فقيها فوق ما تقدم أن يعمل بهذه الأحكام الفقهية لأن العلم بها فى نظرهم ليس مقصودا لذاته وإنما ليعمل به.

والطبقة الأولى من الفقهاء : عمر بن الخطاب، وعلى بن أبى طالب، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وزيد بن ثابت، وعائشة زوج الرسول. ويختلف العادّون فى بعضهم ويجعلون واحدا مكان الآخر.

ولم يكن يطلق على الرسول أنه فقيه لأن علمه بالأحكام الفقهية لم ينشأ عن النظر والاستدلال وإنما عن إخبار الله تعالى له، حتى فيما اجتهد فيه لأنه كما فى شرح المنار[(٢)] اجتهاد النبى كالإلهام وهو القذف من غير نظر واستدلال.

---

(١) وفى فواتح الرحموت لشرح مسلم الثبوت على المستصفى ج١ ص ١٠ «إن كان المراد جميع الأحكام فلا ينعكس لخروج الإمام أبى حنيفة بقوله عن كلمة دهر «لا ادرى» ومالك لقوله فى ست وثلاثين مسألة لا أدرى. أما إن أريد مطلق الأحكام قلت لا يطرد لدخول المقلد. ثم يقول صاحب مسلم الثبوت إن قول الإمام لا أدرى لا يخرجه عن كونه فقيها لأن المراد الملكة إذ الفقيه من يكون الفقه ملكة له.

(٢) ص ٧٣٢، وسيأتى الكلام عن اجتهاد الرسول، وهل اجتهاده فى أمور الدنيا مما لا يتعلق بالحل والحرمة لا يعتبر فقها.

نزعة الفقه الجماعية :

نظرة الفقه الإسلامى فى الواقع إنما تهدف إلى صلاح الفرد والمجتمع، والنزعة السائدة فيه هى النزعة الجماعية. فهو يعمل غالبا على الحد من سلطان الفرد إذا تعارض هذا السلطان مع الصالح العام، أو أساء الفرد استعمال هذا الحق، إذ القصد من وضع الشريعة إنما هو صالح العامة، والعمل على ما فيه الحفظ لكيان مجتمعهم فى جو من الود والمحبة.

وما كانت حقوق الفرد فى الفقه الإسلامى حقوقا طبيعية ـ كما كانت ترى القوانين الوضعية ـ ولكنها منح إلهية قيدت فى استعمالها بمراعاة مصلحة الآخرين وعدم الإضرار بالجماعة، فإذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وأزيل الضرر الأكبر بالضرر الأدنى اتباعا لأخف الضررين كما يقول الأصوليون. فقد يمنع المرء شرعا من عمل هو فى الأصل مباح له وفيه مصلحة له، وذلك إذا ترتب عليه ضرر لغيره، أو ترتب عليه ضرر عام، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، ولأنه لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام كما يقول الرسول عليه السلام(١).

وهذه النزعة الجماعية للتشريع الإسلامى تظهر بوضوح فيما جاء به الإسلام من أحكام سواء منها ما تعلق بالعبادات أو المعاملات، فإنها كلها تهدف إلى تهذيب الفرد والعمل على الصالح العام للمجتمع بأسره، ومراعاة الفقه الإسلامى لمصلحة الجماهير وتقديمها على مصلحة الفرد إذا تعارضت مع أمر واضح والمثل عليه كثيرة. فمن مراعاة حقوق الآخرين من الأفراد :

(أ) روى أحمد : «أن رجلا أتى أهل بيت فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر الدية(٢) رغم أن الماء ملك خاص لهم، ومن حقهم أن يحتفظوا بما

---

(١) رواه أحمد فى مسنده عن ابن عباس، وابن ماجه فى سننه عن عبادة، وحسنه النووى فى الأذكار، وله شواهد تنتهى إلى درجة الصحة.

(٢) المسئولية الجنائية والدينية للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت، وهو البحث الذى قدمه لمؤتمر لاهاى، وهو الذى استحق به عضوية جماعة كبار العلماء.

لهم ويمنعوه عن الغير، لكن الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأدنى، وأن لأى فرد من أفراد المجتمع عند الضرورة القصوى حقا فى مال الغير.

(ب) والشفعة [١] تشريع لوحظ فيه حق الشفيع[٢]، وقرر الفقه الإسلامى حق تملك العقار الذى اشتراه الغير من شريكه بما قام عليه من ثمن ومصاريف جبرا عن المشترى والبائع، وهذا الحكم وإن جاء مخالفا للقاعدة الفقهية وهى أن الأساس فى العقود الرضا، وأن من حق المالك أن يتصرف فى ملكه كما يشاء إلا أنه لوحظ فيه مصلحة الغير، ومنع وقوع الضرر بين الشركاء، والضرر يجب أن يرفع،ولا ضرر على البائع، فقد كان يقصد التخلص من حصته فى العقار نظير مبلغ معين، وقد توافر له هذا الغرض بأخذ الشفيع، ولا ضرر على المشترى فإنه كان فى غنى عن هذه الحصة قبل شرائها وفى وسعه أن يشترى غيرها ما دام قد وجد من هو أحق منه، وإن كان يتصور ضرر بالمشترى فهو أدنى من الضرر الذى يصيب الشريك، والضرر الأكبر يدفع بالضرر الأدنى.

(جـ) نهى الرسول عليه السلام عن أن يبيع أحدنا على بيع أخيه أو يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له، لأن ذلك يوغر الصدور، ويولد الضغائن ويحدث المنازعات، وذلك النهى ملاحظة لحق الغير ورفع الضرر عنه.

(د) كان للضحاك بن خليفة الأنصارى أرض لا يصل إليها الماء إلا إذا مر ببستان لمحمد بن مسلمة، فأبى محمد هذا أن يدع الماء يمر بأرضه. فأتى الضحاك عمر بن الخطاب. فقال لابن مسلمة : أعليك فيه ضرر؟ قال : لا. فقال له : والله لو لم أجد له ممرا إلا على بطنك لأمررته. وقضى بتمكين الضحاك من إمرار الماء فى أرض محمد بن مسلمة.

---

(١) وهى حق تملك العقار المبيع ولو جبرا عن المشترى بما قام عليه من ثمن بمثله إن كان مثليا، وقيمته وقت الشراء إن كان قيميا مع المصاريف.

(٢) وهو الشريك فى العقار القابل للقسمة اتفاقا، أو الجار الملاصق أيضا عند الأحناف.

(هـ) أسقط الشافعي المسئولية بالاضطرار لإباحة الشارع، ولا تجتمع إباحة وضمان، فلو قتل شخص جملا صائلا عليه، لا يضمن ما دام مضطرا لقتله لدفع الضرر عن نفسه. ويرى أن من أكل طعام غيره لدفع مخمصة لا يضمن أيضا.

بينما فقهاء الحنابلة يفرقون بين ما إذا كان الإتلاف لدفع أذى المتلف من المتلَف كقتل الجمل الصائل فلا ضمان. أما إذا كان لدفع أذى المتلِف بالمتلَف كأكل الطعام وشرب الماء للمضطر فيضمن.

وقد استند ابن رجب إلى قاعدة «من أتلف شيئا لدفع أذاه له لم يضمنه وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه»، أما الأحناف فإنهم يرون أن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

هذه بعض المثل مما يبين لنا أن الشريعة الإسلامية تقيد حقوق الفرد مراعاة لحقوق الغير. نكتفي بها كي نجتزئ لك مثلا أخرى تبين لنا أن الفقه الإسلامي أيضا يقيد حق الأفراد مراعاة للمصلحة العامة. ومن ذلك :

(أ) ما فعله عمر بن الخطاب وقد فتح الله على المسلمين العراق والشام، ورأى فريق كبير من الصحابة قسمة الأرض وما عليها بين المحاربين الفاتحين من المسلمين، واعتبارها كلها غنيمة تطبق عليها آية الغنائم : ﴿**واعلموا أن ما غنمتم من شيء فإن لله خمسه**﴾[1] لكن عمر رأى - ورأيه الحق - أن تترك الأرض بيد ملاكها على أن يدفعوا الجزية والخراج للمصلحة العامة للمسلمين جميعا[2].

(ب) ومن هذا نزع الملكية جبرا عن صاحبها للمنافع العامة، وقد حدث أيام عمر بن الخطاب أن نزعت ملكية بعض دور الصحابة، وهدمت وألحقت بالحرم

(١) سورة الأنفال ج ١٠ / ٤١.

(٢) قال : «إذا قسمت الأرض بعلوجها - العلج بكسر العين: العير والرجل من الكفار - وأرض الشام بعلوجها فما يسد به الثغور، وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره؟». ثم قال : «أرأيتم هذه الثغور لابد لها من رجال يلزمونها، أرأيتم هذه المدن العظام كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر لابد لها من أن تشحن بالجيوش وإدرار العطاء عليهم. فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرض بعلوجها؟! »

لتوسعته، وكان ذلك نظير عوض هو قيمة العقار، أودعت للممتنعين بخزانة الكعبة، وقال لهم عمر : «إنما نزلتم على الكعبة وهذا فناؤها، ولم تنزل الكعبة عليكم» ثم تكرر هذا فى عهد عثمان أيضا.

(جـ) يجيز الفقه الإسلامى لولى الأمر الاستيلاء على الفائض من أقوات الناس بالقيمة لإمداد جنوده به أو إمداد الجهة التى انقطع عنها القوت، وكذا الاستيلاء على عمل الصانع إذا احتاج الناس إلى صناعة طائفة كالفلاحة والنساجة والبناء أو الأطباء والمهندسين، بأجرة المثل إذ لا تتم المصلحة إلا بذلك. ومصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد.

ويمكننا أن نقول أن من هذا القبيل قانون تحديد الملكية، فإنه وإن كان تحكما فى حقوق الأفراد إلا أنه قد روعى فيه مصلحة الجماعة للتقريب بين الطبقات.

(د) وكذلك فإن تسعير السلع وإجبار أصحابها على بيعها بالسعر الذى يحدده ولى الأمر بواسطة نوابه، وإجبار المحتكر على بيع ما عنده بقيمة المثل جاء به التشريع الإسلامى، وفى هذا يقول الرسول ﷺ : «لا يحتكر إلا خاطئ، فإن المحتكر الذى يعمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد غلاءه عليهم لظالم لعموم الناس». ومن واجب ولى الأمر أن يمنع الظلم بين الناس، ويضرب على يد الظالم.

ونستطيع أن نقول أيضا أن القانون الخاص بتحديد إيجارات الأراضى الزراعية والمساكن داخل تحت هذا النوع، وإنه من قبيل الحد من حرية الأفراد محافظة على مصلحة المجموع، ومن باب دفع الضرر الأكبر بالضرر الأدنى.

(هـ) ومن باب مراعاة مصلحة المجموع على حساب حق الفرد ما فرضه الله فى مال الأغنياء حقا للفقراء، وما تفرضه الدولة من ضرائب تجبى وتجمع فى بيت المال[٢]، لينفق منها على الصالح العام، وعلى المعوزين وذوى الحاجة المسلمين

(١) الخراج لأبى يوسف ص ١٤.

(٢) وكان الخليفة أبو بكر أول من اتخذ للمال بيتا يحتفظ فيه بما يتبقى من الأموال.

وغير المسلمين. فقد كانت تمطى الأعطيات للوالدات وأولادهن، وكان يتدرج هذا العطاء كلما زاد أبناء الأسرة الواحدة، كما أن عمر رضي الله عنه مر بباب قوم وعليه سائل يهودي - من أهل الذمة - يسأل وهو يقول : شيخ كبير ضرير البصر. فقال له عمر : ما ألجاك إلى هذا؟ قال : أسأل الجزية وأنا محتاج كبير السن!. فأخذ عمر بيده وذهب إلى منزله وأعطاه شيئا، ثم أرسل إلى خازن بيت المال وقال له : انظر هذا وأمثاله، فوالله ما أنصفناه، إن أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم، وتلا قول الله تعالى : ﴿**إنما الصدقات للفقراء والمساكين**﴾ وقال : الفقراء هم المسلمون، وهذا من المساكين من أهل الكتاب، ووضع عنه الجزية(١).

ولقد جاء هذا المعنى في صلح خالد بن الوليد مع أهل الحيرة. إذ جاء فيه «وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل أو أصابته آفة من الآفات، أو كان غنيا فافتقر وصار أهل دينه يتصدقون عليه، طرحت جزيته، وعيل وعياله من بيت مال المسلمين ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام»(٢). وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى ولاته ليجروا على أهل الذمة الفقراء العاجزين عن التكسب من بيت المال ما يصلحهم(٣).

فالإسلام إذاً كفل العيش للفقير العاجز عن الكسب، وجعل نفقته واجبة في بيت مال المسلمين، وهو وإن كان قد حد من حرية الأفراد في أموالهم مراعاة للصالح العام، إلا أنه دون إسراف في ذلك أو تضييق على أصحاب رؤوس الأموال، ولكن بالقدر الذي يكفل به الضمان الاجتماعي ومراعاة شئون الدولة، انظر في هذا ما كتبه الإمام علي في خلافته إلى الأشتر النخعي « . . تفقد أمر

(١) الخراج لأبي يوسف ص ٢٦، وفي هذا ما يدل على إعطاء المحتاجين ما يكفي لسد حاجتهم من بيت المال دون تفرقة بين الأديان، غير أن استشهاد عمر بالآية يفيد جواز إعطاء الذميين الزكاة، وهذا محل بحث فقهي، والمعروف أن الجزية إنما تفرض على القادرين على حمل السلاح من أهل الذمة نظير حمايتنا لهم، وهذا فيما يبدو عند عدم اشتراكهم في الجندية، كما أن المعروف فقها أن الشيوخ والنساء والأطفال والرهبان لا تفرض عليهم الجزية، ولعل هذا مبدأ رفعها عن الشيوخ المسنين. راجع تفصيل ذلك في أحكام الذميين في دار الإسلام للدكتور عبد الكريم زيدان،وهي رسالته التي نال فيها الدكتوراه والتي كنت مشرفا عليها.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الأموال لأبي عبيد ص ٤٥.

الخراج بما يصلح أهله، فإن فى إصلاحه وإصلاحهم صلاحا لمن سواهم، ولا صلاح لمن سواهم إلا بهم، ليكن نظرك فى عمارة الأرض أبلغ من نظرك فى استجلاب الخراج؛ لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة، ومن طلب الخراج من غير عمارة أخرب البلاد وأهلك العباد». كما كتب أيضًا يقول : «انطلق على تقوى الله وحده، ولا تروِّعنَّ مسلما، ولا تأخذ منه أكثر من حق الله فى ماله».

فهل هناك عدالة اجتماعية تفوق هذه العدالة، وهل يوجد نظام للضمان الاجتماعى يفوق هذا النظام، وهل يمكن أن يقال مع هذا أن بلادنا استمدت فكرة الضمان الاجتماعى من الشرق أو الغرب؟ اللهم لا. فإنها من صميم فقهنا الإسلامى وإن كنا غافلين.

(و) يقول جمهور الفقهاء[(١)] إن الصيد إذا فر من صائده وعاد إلى أصله أصبح مالا مباحا وزالت عنه الملكية الفردية، والأرض الموات[(٢)] إذا أهملت بعد إحيائها فتخربت زالت الملكية الفردية عنها وعادت الأرض مالا مباحا، والكنوز[(٣)] إذا لم يعرف صاحبها أو ورثته ردت إلى ملك جماعة المسلمين وأودعت بيت مالهم، والمعادن[(٤)] التى تكتشف فى الأرض تكون ملكا لجماعة المسلمين أيضا ولا يجوز للوالى ـ كما يرى مالك ـ أن يقطعها لفرد أو لشركة إقطاع تمليك؛ لأن في تمليكها لغير الدولة ما يضيق على الناس ويضر بهم، فلو تملكه أحد منعه عن الناس، وإن أعطاه إياهم بعوض أغلاه.

---

(١) مالك وفريق معه أما الأحناف فإن نظرتهم تتجه ناحية تحقيق مصلحة الفرد واحترام حقوقه دون نظر إلى شىء آخر فى كثير من الأمر.

(٢) الأرض الموات هى التى لا مالك لها من البشر، ولا ينتفع بها أحد، واشترط أبو يوسف وأحمد ان تكون بعيدة عن العمران.

(٣) الكنز : هو ما دفن فى باطن الأرض من أموال بفعل الإنسان.

(٤) ونقصد هنا المعادن التى خلقها الله مع الأرض وكانت جزءا منها. وقد تكون سائلة كآبار البترول، وقد تكون صلبة كمناجم الذهب والفضة والنحاس والحديد، والماس.

هذه هى نظرة الفقه الإسلامى للفرد والجماعة، أما القوانين الوضعية فإنها كانت فى أول أمرها تسودها الروح الفردية، وتنظر إلى الفرد باعتباره العنصر الأهم فى الحياة لا باعتباره جزءا من كل هو الجماعة. فهذا القانون الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤ الذى جاء وليد الثورة الفرنسية كان هدفه الأول تحرير الأفراد مما كانوا ينوءون به من قيود فى مختلف أنواع الحياة، وكان ذلك صدى لما جاءت به الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ من أن للإنسان حقوقًا طبيعية لا يجوز المساس بها، ولو كان ذلك لصالح الغير، ولقد كان من نتائج ذلك أن أتى وقت اعتبرت فيه الحقوق مطلقة المدى، وأن صاحب الحق فى استعماله سيد لا يسأل عما يترتب على هذا الاستعمال من الأضرار التى تحيق بغيره أيا كانت من الأضرار.

وفى القرن التاسع عشر حدثت تطورات اجتماعية واقتصادية أثرت فى هذه الفكرة الأساسية فى القوانين تأثيرا خرج بها من دائرة الفردية المطلقة إلى دائرة أخرى اجتماعية يجب أن تتجه جهود الفرد فيها لتحقيق مصالحه نحو تحقيق مصلحة الجماعة التى يعيش بينها. وكان لهذا مظهر أمام القضاء، فقد عرضت على القضاء الفرنسى حالات كان استعمال الحق فيها مسببا لإضرار الغير. فحكمت المحاكم بإلزام صاحب الحق بتعويض هذا الغير عما أصابه من أضرار، وكانت هذه الأحكام أساسا لنظرية قانونية جديدة هى نظرية «سوء استعمال الحق».

وهذه النظرية وإن أثارت خلافا وجدلا بين الباحثين من القانونيين حينئذ إلا أن الإجماع الآن يكاد يكون منعقدا على الأخذ بها والتسليم بالنتائج التى تترتب على الأخذ بها من حيث تقييد الحقوق الفردية[1].

وقد استعرض الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد فى رسالته بعض الأحكام المتعلقة بنظرية الفقه الإسلامى فى تقييد الحقوق، والنظرية القانونية الحديثة ثم قال : «إن مجال النظرية الشرعية الإسلامية أوسع فى التطبيق، وآثرها

(١) راجع هذا فى مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به فى الشريعة والقانون المصرى الحديث للأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد .

أبعد فى تقييـد الحقوق بما فيه مـحافظة على مصلحة الجمـاعة والأفراد، وأن هذه النظرية الناشئة لم تبلغ ما بلغته مثيلتها فى الفقه الإسلامى منذ مئات السنين».

فهذه نظرية الفقه الإسلامى للفرد والجماعة، وتلك دعائمه وأسسه التى تقام عليها أحكامه، ومنها ترى أنه تشـريع كامل صالح للتطبيق فى أحدث الأزمنة وبين أرقى الشعوب.

المبحث الثاني

أنواع الأحكام الفقهية

تتناول أحكام الفقه الإسلامي حياة الفرد والجماعة والدولة دينية كانت أم دنيوية، ولذا فإن الفقهاء قسموا الفقه إلى قسمين رئيسيين : عبادات وعادات.

الأول : عبادات : وهي ما كان الغرض الأول منها التقرب إلى الله، وقد ثبتت بنصوص آمرة أو ناهية، ويجب اتباعها دون توقف على تعقل معانيها وتفهم مراميها أو البحث عن علل لها، وهذه ثابتة مستقرة لا تتأثر باختلاف البيئات أو تتابع الزمان، ومن أجل هذا بيّنها الرسول بسنته بأكمل بيان. وهذه كالصلاة والصوم والزكاة والحج، ونظام الأسرة من زواج وفرقة ونسب وميراث.

الثاني : عادات : وهي ما كانت لتنظيم علاقات الأفراد أو الجماعات أو لتحقيق مصلحة دنيوية، وهذه معقولة المعاني روعي فيها أعراف الناس ومصالحهم، وأنها تتغير بتغير الأزمان والبيئات، من أجل هذا جاءت أحكامها أصولا كلية وقواعد عامة مقرونة بعللها حتى يفهم أن الحكم فيها يجب أن يكون مصاحبا لعلته، فإذا زالت العلة ارتفع الحكم وتبدل بآخر يتناسب مع تغير وجه المصلحة.

وإذا كان الفقهاء في العصور السابقة لم يعنوا بتقسيم الفقه وتبويبه العناية التي نلاحظها عند فقهاء القوانين الوضعية حديثا فما ذلك إلا لأن القضاء عندهم في صدر الإسلام متحد يفصل القاضي في كل نزاع يعرض عليه دون أن يكون هناك اختصاص نوعي، فإن الفقه تناول في الواقع جميع النواحي التي تناولها القانون، سواء أكان ينظم علاقات الأمة الإسلامية بالأفراد الأجانب المقيمين بها أو المتعاملين مع أفرادها وهو ما يسمى بالقانون الدولي

الخاص[١] أم كان ينظم علاقة الأمة الإسلامية بغيرها من الأمم مما يسمى بالقانون الدولى العام[٢]، أم كان ينظم العلاقات الداخلية فى الأمة عاما : كالدستورى والإدارى والمالى والجنائى أم خاصا: كالمدنى والتجارى وما يتعلق بذلك من نظم المرافعات.

أما قسم العبادات فهو لا مثيل له فى القوانين الوضعية لأنها لا تبحث فى علاقة العبد بالرب. أما الفقه الإسلامى فقد ضمنها الصلاة وما يسبقها من طهارة، والصوم، وهما من العبادات البدنية المحضة، كما ضمنها الزكاة وهى عبادة مالية محضة، والحج وهو عبادة بدنية مالية معا، وما كان الله فى حاجة إلى شىء من هذه العبادات، وإنما شرعها لترويض النفس على الطاعة واحتمال المشاق والإحساس بشعور الغير والبذل والمساعدة. فوق ما فيها من الحث على النظافة والمحافظة على الوقت.

فالصلاة [٣] توحد بين المسلمين فى أخوة صادقة هى عبوديتهم لله، وتكسب أجسامهم مرونة وحركة لأنها رياضة بدنية أيضا، فوق ما تستلزم من نظافة للبدن والثوب والمكان.

والصوم[٤] فيه رياضة للنفس، وتزكية للروح، واعتياد للصبر والطاعة وإحساس للغنى بحرمان المحروم، وهو يحرر الصائم من تحكم العادة فيه وأسرها له.

---

(١) القانون الدولى الخاص فرع من فروع الدراسات القانونية، ويبحث أساسا فى النظام القانونى لحياة الأفراد وعلاقاتهم التى يكون فيها بالنسبة لدولة معينة عنصر أجنبى أو طرف خارجى، الدكتور أحمد مسلم فى القانون الدولى الخاص ج١ ص٧.

(٢) القانون الدولى العام : ويحتوى على القواعد والمبادئ التى تحكم التزامات الدول فى علاقاتها المتبادلة، كما يبين القواعد الخاصة بالتنظيم الدولى. الدكتور محمد حافظ غانم مبادئ القانون الدولى العام ص ٢١.

(٣) فرضت قبل الهجرة بمكة.

(٤) شرع فى المدينة فى السنة الثانية من الهجرة، واختير رمضان لأنه الذى أنزل فيه القرآن.

والزكاة[١] حق معلوم في مال الغنى ترضى به نفس السائل والمحروم، وتعمل على رفع مستواه، وتقتل من نفسه عامل الحقد والحسد، وتدفعه إلى البذل والتضامن، وتعمل من طريق غير مباشر على استثمار الأموال وعدم اكتنازها. وبالزكاة يرقى المجتمع، وتضؤل الفوارق بين الطبقات.

والحج [٢] فيه بذل وتجرد من مظاهر الحياة بخلع المخيط، فلا يتميز الغنى من الفقير، وإنما الكل سواء في مظهرهم. وفي الهرولة والسعي بين الصفا والمروة، والطواف حول الكعبة، كما أنه أكبر مؤتمر يجتمع فيه المسلمون ويتشاورون في أمورهم، وفيه سوق تجارى عظيم لهم.

أحكام الأسرة: تناول الفقه الإسلامي أمور الأسرة وما يتعلق بها مما يسمى الآن بالأحوال الشخصية، وهذه تركها القانون المدني المصري ليرجع فيها إلى كتب الفقه الإسلامي التي نظمها أخيرا بقوانين مختارة من الفقه الإسلامي كقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بأحكام المواريث، والقانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاصين بأحكام الوقف. والقانون ٧١ لسنة ٤٦ الخاص بتنظيم الوصية، وكبعض القوانين المتعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما مثل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، وقوانين الأحوال الشخصية المزمع إصدارها قريبا متضمنا كل أحكام الأسرة غير مقيد بمذهب معين آخذا بما هو أيسر على الناس وأرفق بمصالحهم وما تتحقق معه مصلحة الجماعة. فالفقه الإسلامي والقوانين المختارة منه في هذا بينت أحكام الزواج، وما يحل وما يحرم من الأبضاع، وما يجب من صداق ومتعة وما يتبع ذلك من التزام بالنفقة والنسب ورعاية الأبناء وحضانتهم والولاية عليهم، كما

(١) وكانت في مكة قبل الهجرة يقصد منها مطلق الإحسان والعطية، وكان تحديدها وتعيين المتصدق عليه متروكا لتقدير المتصدق نفسه، أما في المدينة وقد نشأت الأمة الإسلامية وأصبح الرسول رئيسهم السياسي ولابد لهم من نفقات، فشرعت الزكاة بين السنة الثامنة للهجرة والتاسعة وأخذت طابع الإلزام.

(٢) فرض آخر سنة تسع للهجرة ونفذه الرسول عليه السلام في أول فرصة وهي موعد الحج من السنة العاشرة قبل وفاته. ابن عابدين ج٢ ص ١٥١.

واجه حالة عدم التوافق بين الزوجين واستحالة المشرة بينهما فشرع الطلاق مبينا أنه أبغض الحلال إلى الله كى لا يتمادى الناس فى استعماله.

وعلى كل فمشروع القانون الجديد كان فى بعض مراحله يتضمن تقييد الطلاق بأمر القاضى(١) ومنع تعدد الزوجات إلا بأمر القاضى أيضا، وهذا ما نادينا به من قبل فى جريدة الأهرام سنة ١٩٥٣ فى عدة مقالات وكان موضع سجال وجدال.

هذا وقد بين الفقه الإسلامى أيضا ما يترتب على الانفصال من آثار للمحافظة على ما فى الأرحام، ومن حقوق كل منهما قبل الآخر، كما فصل القول فى الميراث والوصية وبين ما لكل من نصيب مفروض، ومدى سلطة المورث فى توجيه ماله بعد الوفاة على الوجه الذى يبتغيه سواء بوصية أو بوقف.

هذه هى أحكام الفقه الإسلامى بالنسبة للعبادات، وما فيه من ناحية تعبدية ظاهرة، وقد جاءت كل هذه الأحكام مفصلة مبينة(٢).

قسم المعاملات (أو العادات) : الواقع أن أحكام هذا القسم جاءت فى القرآن والسنة مجملة حتى يكون لأولى الأمر الحق فى تبديل الأحكام وتغييرها حسب ما يتفق مع مصالح الناس ويساير العصر والمكان، فالشريعة الإسلامية اكتفت فى قسم المعاملات بالإرشاد إلى أن المقصد إنما هو تحصيل المصالح وحفظ النظام والحقوق وترقية الحياة، ولذا فإن الأحكام لم تأت غالبا فى هذا القسم إلا بما يشبه القوانين الكلية تاركة التفاصيل إلى ما يتفق عليه أهل الرأى حسب البيئة والزمان.

---

(١) غير أن المشروع كان قد نص فيما نعلم على أن الطلاق لا يقع بغير إذن القاضى، وهذا محل نظر فقهى. وياحبذا لو أخذ المشروع بما قلنا من ان الرجل إذا استعمل حقه فى الطلاق وطلق من تلقاء نفسه دون رجوع إلى القاضى وقع طلاقه وفرضت عليه عقوبة لإساءة استعمال الحق. يضع المشرع لها حدودا. راجع فى ذلك مدى حرية الزوجين فى الطلاق للدكتور عبد الرحمن الصابونى وهى الرسالة التى نال بها الدكتوراه وكنت مشرفا عليها.

(٢) العبادات : ليست موضع دراسة فى كليات الحقوق. أما ما ألحق بها كالأحوال الشخصية فإن الزواج والفرقة يدرسان فى السنة الثانية، والميراث والوصية والوقف فى السنة الثالثة.

وبالجملة فقد أحاطت أحكام الفقه الإسلامى بكل الأقسام فى القانونين العام والخارجى والداخلى، والخاص بنوعيهما أيضا[(١)].

فمسائل القانون العام، ما يتعلق منه بمركز الدولة وكيانها وعلاقاتها بالدول الأخرى، وهو ما يقابله القانون الدولى العام تناوله كتاب الله فى سورتى الأنفال والتوبة، كما جاءت السنة بكثير من أحكامه، ولنا فى المعاهدات التى عقدها الرسول وما نص عليه فى عقود الصلح وما أثر عن الصحابة أصل ومرجع. وإذا كانت الأمم قد أجمعت على احترام المعاهدات والمواثيق والوفاء بها فإن للإسلام فى ذلك القدح المعلى بما ورد فى القرآن والسنة، يقول الله تعالى : **﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾** وقد جرت معاهدات كثيرة بين النبى وبين طوائف أخرى فمنهم من وفى بعهده، ومنهم من نقض فعوقب جزاء نقضه بعهده. فبنو قينقاع وبنو النضير وبنو قريظة كانوا من يهود المدينة وعاهدوا النبى على أنهم لا يكونون عليه ولا له. فكان بنو قينقاع أول من نقض العهد.

وهذا صلح الحديبية[(٢)] وكان فى السنة السادسة للهجرة عندما دعا النبى أصحابه إلى العمرة وهم لا يريدون قتالا، فلما اقترب من مكة وتسامعت قريش بأمره فكروا فى طريق صده وحاولوا ذلك، وانتهى الأمر إلى أن أوفدوا رسلهم لمفاوضته، وتمت معاهدة صلح الحديبية متضمنة التهادن عشر سنوات وأن من أتى محمدا من قريش بغير إذن وليه رده عليهم، ومن جاء قريشا ممن مع محمد لم يردوه عليه، وأن يرجع المسلمون فى عامهم هذا عن مكة فلا يدخلوها، وأنه إذا كان عام قابل دخلها المسلمون وأقاموا بها ثلاثا وسيوفهم فى القرب ولا يدخلونها

---

(١) هذا القسم هو الذى تناولته القوانين الوضعية، وقسمه رجال القانون إلى قسمين رئيسيين : الأول القانون العام ويشمل الدولى العام، وهو مجموعة القواعد التى تنظم روابط الدول بعضها ببعض فى جميع الحالات، ويشمل القانون الدستورى والإدارى والمالى والجنائى، وهى قوانين عامة تتعلق بالدولة ووجودها باعتبارها صاحبة السلطان. الثانى القانون الخاص : ويشمل أولا الدولى الخاص وهو يبحث فى الموطن والجنسية ومركز الأجانب وتنازع القوانين، ويشمل ثانيا فرع القانون المدنى وهو القانون الذى ينظم علاقات وتصرفات الأفراد والجماعة المالية، وقد انفصل عنه أخيرا القانون التجارى والبحرى، كما يشمل قانون المرافعات وهو مجموعة القواعد التى تنظم ما يجب اتخاذه من إجراءات لتطبيق أحكام القانون المدنى وما تفرع منه.

(٢) بئر قرب مكة أو شجرة حدباء كما فى القاموس.

بغيرها، ولما قبل الرسـول ذلك وأمر عليا بكتابته اغتم الناس وغضب عـمر، فقال الرسول : «أنا عـبد الله ورسوله لن أخـالف أمره ولن يضـيعنى»، فهـدأت نفوس المسلمين.

وبعد فتـرة نقضت قريش العهـد رغم أن ظاهره فى صالحهم، فـأمر الرسول بالعدة لحربهم، وسار حتى فتح مكة، ومن مزايا هذا الصلح ما يلى

١ ـ اعتراف قريش بأن المسلمين قوة مستقلة

٢ ـ هيأت الهدنة للمسلمين نشر دينهم بلا معارضـة نتيجة اختلاط المشركين بالمسلمين ووقـوفهم على تعاليـم الإسلام حتى بلغ عـدد جند المسلمين عام فتح مكة عشرة آلاف مقاتل بينمـا كانوا عام صلح الحديبية أربعمائة وألفا.

٣ ـ أسلم الكثير من أهل مكة، وكونوا عصـابة كانت تعتدى على قريش فى غدوهم ورواحهم.

٤ ـ أظهرت شدة تعلق المسلمين بدينهم وبرسـول الله حيث لم يخرجوا عليه ولم يرتدوا إلى مكة.

هذا ومن قواعد الإسلام أن المـعاهدات لا تنقض بجنايات بعض الأفراد من الدولة المعاهدة، وإذا وادع المسلمون قوما من المشركين فإنه لا يحل لهم أن يأخذوا شيئا من أموالهم إلا بطيب أنفسهم احـتراما للعهد، حتى قالوا[1] : إن الأمان إذا كان من الإمام فيحرم أخذ شىء من ماله الذى فى دار الحرب

وعلى كل فالفقهاء من قديم تناولوا علاقة الأمة الإسلامية بغيرها فى الحرب والسلم وما ينتج عنهما، وعنونوا لذلك بكتاب السير والمغازى، وقد برع محمد بن الحسن الشيبانى الحنفى فى هذا، وأخرج كتابيه السـير الصغير والسيـر الكبير، مما جعل رجال هذا القـانون يعتبرونه أبا لهم، وألفوا باسمـه جمعية خاصـة تبحث ما كـتبه وقـالوا عنه : «إنه خليـق بأن يأخذ مـكانه الحق بين رواد القـانون الدولى

(١) مغنى المحتاج ج٤ ص ٢٣٨، وراجع فى الموضوع آثار الحرب فى الإسلام للدكتور وهبه مصطفى الزحيلى وهى الرسالة التى نال بها الدكتوراه وكنت مشرفا عليها

العالمين»[١]، كما أخرج الأوزاعى كتابا فى السير، ورد عليه وناقشه فى وجهة نظره الإمام أبو يوسف الحنفى.

أما القانون الدستورى والإدارى، فإن الفقهاء بحثوه تحت اسم السياية الشرعية والأحكام السلطانية، أو ما يؤدى هذا المعنى، وقد أخرج بعضهم فى ذلك كتبا خاصة[٢].

وهذا القانون المالى فإن الفقهاء بحثوه أيضا ضمن أبحاثهم وكتاباتهم الفقهية: عن الزكاة والعشر والخراج والجزية، وعند بيان أحكام الكنوز والركاز، بل ومنهم من أفردها بالبحث والكتابة[٣]، فالناحية المالية والاقتصادية وضعت لها فى الإسلام قواعد العدالة الاجتماعية، إذ بين مدى حرية الاستثمار والتملك، وقد سبقت الإشارة إلى ما كتبه الإمام على إلى الأشتر النخعى أحد ولاته من قوله له: «تفقد أمر الخراج بما يصلح أهله، وليكن نظرك فى عمارة الأرض أبلغ من نظرك فى استجلاب الخراج، ومن طلب الخراج من غير عمارة أخرب البلاد أهلك العباد» وقوله: «لا تروّعنّ مسلما ولا تأخذ منه أكثر من حق الله فى ماله».

كما أشرنا إلى أن الإسلام كفل العيش للفقير العاجز عن الكسب، وجعل نفقته فى بيت مال المسلمين إذ الدولة كفيلة بأن توجد للعجزة ما يسد حاجتهم، فكما أن الدولة ترث من لا وريث له، فكان من العدالة أن تكون نفقة العجزة المعوزين فى بيت مال المسلمين.

(١) من نشرة سكرتارية هذه الجمعية للمعاهد التعليمية فى العالم.

(٢) مثل ابن تيمية الفقيه الحنبلى فقد أخرج السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية، وأبى الحسين البصرى الشافعى المعروف بالماوردى صاحب الأحكام السلطانية وغيرهم ممن ألفوا فى هذا الموضوع.

وقد كان الكلام عن الخلافة أو رياسة الدولة من مباحث الفقهاء، إلا أنه لما اتسع فيه الكلام، وأصبح الحديث فيه يتعلق بالعقيدة صار يدرس ويبحث فى علم الكلام، وقد صنف فيه أبو حنيفة كتابه الفقه الأكبر، كما صنف ابن قتيبة كتابه الإمامة والسياسة.

(٣) ومن هذا كتاب الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام، والخراج لأبى يوسف، والخراج ليحيى بن آدم القرشى.

ولذا فإن العدالة الاجتماعية فى نظر الإسلام فى واقع الأمر مساواة إنسانية ينظر فيها إلى تعادل جميع القيم الاقتصادية البحتة وهى على وجه الدقة تكافؤ فى الفرص وترك المواهب بعد ذلك تعمل فى الحدود التى لا تتعارض مع الأهداف العليا(١) وهذه مفخرة للإسلام يزهو بها على جميع النظم الاجتماعية الحديثة.

الناحية الجنائية : تناولت الشريعة الإسلامية ما تناوله القانون الجنائى وجعلت الجناية لا يتحمل مسئوليتها غير الجانى، وهدمت النظام الذى كان متبعا عند الجاهلية، وجعلوا لذلك أبوابا خاصة. فباب الجنايات والحدود والتعزيرات، وتكلموا عن الجريمة والعقوبة، والجرائم التى عقوبتها محدودة والجرائم التى تركت فيها العقوبة للقاضى حسب القوانين التى يضعها الوالى، وتتناول العفو عن الجريمة وأثره فى سقوط حق المجنى عليه وحق العامة، وفى سقوط العقوبة.

والواقع أن الشريعة الإسلامية لا تشترط فى المسئولية الجنائية النص على الجريمة أو العقاب، وليس من المعقول أن يكون التشريع الذى جاء للمخلود أن ينص على جرائم وعقوبات بأعينها ثم يقول : «لا جريمة إلا بنص ولا عقوبة إلا بنص» وقد توسع علماء الشريعة فى هذا الباب ومكنوا الحاكم من اتخاذ كل ما يراه مقوما للنظام مصلحا للمجتمع. ويشير إلى ذلك قول عمر بن عبد العزيز «تحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من فجور».

والقرآن إنما عرض لجرائم مخصوصة لها أثر سيئ فى النظام العام، وفرض لها عقوبات مبينة وهى الجرائم التى ترجع إلى جناية على النفس والمال والعرض والنسب والعقل والدين والنظام العام(٢).

القانون الخاص : وحظ القانون الخاص عند الفقهاء كان أوفر وأوفى وخاصة فيما يقابل القانون المدنى وما تفرع منه، وقانون المرافعات، فقد تناولوا معاملات الناس وصلاتهم المالية ،أبانوا الحقوق والأموال وطرق تملكها وما يتعلق بها من

---

(١) راجع العدالة الاجتماعية للأستاذ سيد قطب، والإسلام والشيوعية للأستاذ عبد المنعم النمر.
(٢) من بحث للأستاذ الاكبر الشيخ شلتوت فى المسئولية الجنائية والذى سبقت الإشارة إليه.

التزامات، وتناولوا الشخص من ناحية أهليته وولايته وما يعرض لهذه الأهلية والولاية، كما عنوا بالشركات وشروط تكوينها وأحكامها، بل أفردوا لها أبوابا خاصة. فباب الشركات والمضاربة والقروض، وتكلموا عن المدين المعسر والمدين المفلس.

هذا وقد تناول الفقه الإسلامى التضمين، وهو ما يقابل فى الاصطلاح القانونى بالمسئولية المدنية، وجعل التعويض قسمين: تعويضا منصوصا عليه كالديات وأروش الجراحات، وتعويضا غير منصوص عليه وهو ما يقدره الحاكم بنفسه أو بواسطة نوابه من أهل الخبرة. كقيم المتلفات المالية أو البدنية التى ليس للشرع فيها تقدير، ويسمى «حكومة العدل» وقد نفى المسئولية حيث لا ضرر ولا إخلال بحق الغير(١).

---

(١) والضرر الذى يترتب عليه التضمين منه ما يصيب الإنسان فى نفسه أو ماله أو شرفه وسمعته، كإتلاف عضو أو مال وكالقذف والإعراض عن خطبة الزوجة دون سبب ظاهر. وأسباب التضمين فى الفقه الإسلامى:

أ ـ مخالفة العقد أو الشرط، فإذا ظهر محل العقد معيبا أو مستحقا تحقق الضمان.

ب ـ الاستيلاء القهرى ـ أى الغصب ـ والتضمين يتحقق هنا بمجرد تفويته يد المالك، وقيل بل بإثبات يد القاهر.

ج ـ مباشرة الإتلاف ومنه خطأ الطبيب إذا تجاوز المعتاد، ومنه تجاوز ناظر الوقف والوكيل والوصى حدود سلطته بما يسوغ له أن يفعله.

د ـ التسبب فى الإتلاف، ولابد فى الضمان بالتسبيب من وجود التعدى وتحقق السببية ولو غالبا وإلا يقطع سببية الفعل للضرر قاطع أجنبى عن الفاعل.

والتسبيب قد يكون إيجابيا كحفر البئر فى أرض الغير دون إذن فيقع فيه إنسان، أو وقف الدابة فى الطريق فتطأ شخصا، أو وضع أحجار فى الطريق العام فيصطدم بها أحد المارة، ومنه ما جاء فى التتارخانية باسم الصيحة المفاجئة بأن يصيح على آخر فجأة فيموت منها فإن الدية تجب على الصائح، وكذا من غير صوته وصورته وخوف آخر فجن أو مات فإنه يضمن، ومنه ما يسمى بفتح باب الضياع كمن يفتح القفص للطير فيطير، أو باب الحظيرة فتخرج دابة أو باب السجن فيهرب السجين، بشرط أن لا يطرأ عليه ما يقطع التسبب كما يأتى آخر فيهيج الطير أو الدواب بعد فتح الباب إذ يصير الضمان على المباشر كما فى الأشباه.

وقد يكون التسبب سلبيا ويسمى بالمسئولية الناشئة عن التقصير فيما يجب، وقاعدته أن الإنسان إذا قصر فى القيام بما يجب عليه بالشرع أو بالعقد فتلفت نفس أو مال وجب عليه الضمان. فلو كان صبى فى حضانة أمه فخرجت وتركته فوقع فى النار تضمن الأم. بل جاء فى حاشية الدسوقى «ويضمن من ترك تخليص مستهلك من نفس أو مال قدر على تخليصه بقدرته أو جاهه أو ماله».

ويدخل فى هذا مسئوليات أجير النقل والرعى والحراسة إذا قصروا. وبذا يقرر الفقه الإسلامى حق الإنسان على الإنسان وإن لم يكن بينهما التزام خاص ـ راجع تفصيل ذلك فى بحث للأستاذ المرحوم الشيخ شلتوت فى المسئولية الجنائية الذى قدمه لمؤتمر لاهاى.

كما تناول الفقه الإسلامى المسئولية عن فعل الغير ما دام فى رعايته وتحت يده، وذلك يشمل الحيوانات والجمادات وغيرها. كأن يكون الفاعل ممن نصب لمصلحة الناس فتصرف بمقتضى قوانينه، وترتب على تصرفه تلف، أو يكون الفاعل باشر الفعل بأمر الغير الذى أفهمه أنه يملك ذلك ثم تبين غير ذلك، أو يكون ذلك الإتلاف نتيجة إكراه.

قانون المرافعات : هذا وقد أفرد الفقهاء للقضاء والدعوى والشهادة أبوابا خاصة بينوا فيها نظام التقاضى والحدود التى لا يتعداها القاضى ولا المتقاضى، ونظموا الإجراءات القضائية ووضعوا قواعد الدعاوى[1] وبينوا الشهادة وما يشترط فى الشهود وفى سماع شهادتهم والحرص على أداء الشهادة وما يترتب على الرجوع عن الشهادة إلى غير ذلك مما يتعلق بالدعوى والأحكام المتعلقة بتحقيق العدالة بين الناس.

أما الأحكام التى تخضع لها معاملات المسلمين مع غيرهم من الذميين والمستأمنين والحربيين[2] فقد تكلم عنها الفقهاء وجعلوا للذميين مالنا، وعليهم ما علينا[3] إلا فى أمور دينهم فقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون، وهكذا فى الغالب المستأمن[4]،أما الحربى فقد عرف الفقهاء قاعدة المعاملة بالمثل. وعلى كل ففى

(١) الدعوى : هى إمكان الالتجاء إلى السلطة القضائية لتقرير حق منكر أو رد حق مغتصب، ومن العلماء من يقول إنها الحق نفسه يبقى ساكنا فإذا أنكر والتجأ صاحبه إلى القضاء سمى دعوى. وفى العناية على الفتح جـ٦ ص ٢٧ : «الدعوى فى عرف الفقهاء هى مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته، أو هي قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه» والمدعى من إذا ترك ترك إذ لا يجبر على الدعوى.

(٢) الذميون : من أقاموا بيننا والتزموا بأحكامنا وكانت إقامتهم مؤبدة معنا - المستأمن هو الذى يدخل فى بلادنا بأمان مؤقت أى تحدد له مدة الإقامة ويعطى له العهد من أولى الأمر - الحربى هو من بيننا وبين بلده حرب وعداء ولم تكن بيننا وبينهم معاهدات أمن وصداقة.

(٣) راجع القرطبى جـ ٦ ص ١٨٤ عند تفسير قوله تعالى : ﴿فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ ومقابلتها بقوله تعالى ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾.

(٤) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٤٠٠، ٥٣٥ والبدائع للكاسانى جـ٧ ص ١١٣ وابن عابدين جـ٤ ص ٢٥٦.

مختلف أبواب الفقه والـــ منها خاصة بيان القواعد العامة التى تنظم علاقة المسلم بأحد هؤلاء أو علاقتهم عندنا بعضهم ببعض، سواء أكان ذلك فى المال أو النفس(١).

أحكام الفقه الإسلامى أساسها كلها الدين : من أجل هذا فإن الفقهاء قد انعقد إجماعهم رغم اختلاف مذاهبهم على أن للشريعة الإسلامية حكما فى كل فعل يصدر من الإنسان. وهذه الأحكام بعضها بينتها نصوص القرآن والسنة لحوادث وخصومات اقتضت بيان أحكامها حين وقوعها، وبعضها لم تبينه تلك النصوص، وإنما أقيمت عليه دلائل لتظهر أحكامه وتبينها حين الحاجة فيهتدى بها أهل الذكر من العلماء، ويسترشدوا بها لتعرف حكم كل ما يقع ويحدث، وبذا لا نجد فرقا فى الإسلام بين أمور الدين وغيرها من الأمور القانونية أو السياسية أو الاجتماعية، واشتملت أحكامه جميع النواحى ما يخص المسلم منها وما يخص غيره من أهل العهد والذمة(٢).

وهكذا فقد ألبس الدين كل شىء من أمور المسلمين ثوب التشريع، وأخذت الأجيال المتعاقبة فى تنمية هذا التشريع، كما تطور فى الأزمنة المتتالية والأمكنة المتباينة حتى وصل إلى بناء عظيم ضخم يعتمد على أسس قوية صالحة لتحمل كل جديد.

فأصبح بحمد الله تشريعا منظما للعلاقات الإنسانية تنظيما دقيقا، وأصبحت قوانينه كلها فقها أساسه الدين، والتطلع إلى ما أمر به الله أو نهى عنه(٣).

---

(١) راجع تفصيل ذلك فى «أحكام الذميين فى دار الإسلام» للدكتور عبد الكريم زيدان. وهى الرسالة التى نال بها الدكتوراه وكنت مشرفا عليها.

(٢) راجع تفصيل تكليف غير المسلم بفروع الشريعة وعدمه فى مسلم الثبوت بهامش المستصفى جـ١ ص ١٢٨، وراجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

(٣) انظر فى هذا المعنى الدكتور على حسن عبد القادر : نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى.

وكان طبيعيا أيضا أن يعد الأصوليون علم الفقه من العلوم الدينية[١] وأن ينظروا إلى أحكامه بشيء من القداسة لأنها فى مظهرها إنما تعبر عن إرادة الله رغم ما فى الفقه من أحكام كثيرة مصدرها الاجتهاد والرأى، ورغم ما فيه من اعتبار للمصالح المرسلة، وأعراف الناس فيما لم يرد فيه حكم نص عليه الدستور الإسلامى مما قد يتغير معه الحكم فى المسألة وتختلف الفتوى، ورغم ما هو واضح من أن علم الفقه طريق معرفته هو الاستنباط والتأمل والفهم. والمجتهدون تتفاوت مداركهم[٢] فبعضهم يصيب الحق، والبعض يخطيء[٣].

والفقه الإسلامى بمصادره المرنة وضع لكل ناحية فى حياة البشر وتصرفاتهم أصلا يتبع وقاعدة يقاس عليها، لذا ساير الزمان وصلح لكل مكان ، وبذا يكون القرآن كتاب عقيدة وشريعة معا، وهذه كما يقول الفيلسوف ابن رشد:معجزة القرآن الكبرى.

(١) يقول الغزالى فى المستصفى جـ ١ ص ٥ : «العلوم تنقسم إلى عقلية كالطب والحساب والهندسة، وإلى دينية كالكلام والفقه وأصوله . . . وكل واحد من العقلية والدينية ينقسم إلى كلية وجزئية. فالعلم الكلى من العلوم الدينية هو علم الكلام، وسائر العلوم من الفقه وأصوله والحديث والتفسير علوم جزئية».

(٢) يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين جـ ٢ ص ٢٦٤ «الفقه أخص من الفهم لان الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه، وهو قدر زائد عن مجرد فهم وضع اللفظ فى اللغة. ويتفاوت الناس فى الفهم بتفاوت مراتبهم فى الفقه».

(٣) وجمهور الفقهاء والأصوليين عدا الشاطبى يرون أن الحقوق منها ما هو حق خالص لله ومنها ما هو حق خالص للعبد ، ومنها ما هو مشترك وأحد الحقين غالب. لكن الشاطبى يحدثنا فى موافقاته جـ٢ ص ٢٢١ فيقول : «إن كل حكم من أحكام الفقه الإسلامى لا يخلو من حق الله وهو جهة التعبد، وحق العبد عاجلا أو آجلا لأن الشريعة وضعت لصالح العباد، فالحق أن كل حكم من أحكامه يقوم على المعنى الروحى، وعلى المعنى القانونى النافع للإنسانية. فالعبادات وإن شرعت إيفاء لحق الله على عباده فإنها تعود على صاحبها والمجتمع بالتهذيب وغرس الفضائل، وفى أداء العقود المشروعة المستوفاة لأركانها وشروطها امتثال لأوامر الشرع، والعقد الباطل نهى الشارع عنه، ففى الإقدام انتهاك لمحارم الله، ومخالفة لأوامره، وهذه معصية استحق مرتكبها العقوبة فى الدنيا والآخرة، ورغم ذلك فلا يترتب عليه الحكم الذى جعله الشارع. فوق أن حق العبد واضح فى العقود».

الفصل الثانى

الأدوار التى مر بها الفقه الإسلامى

المبحث الأول

الفقه فى عصر الرسول

بدأ الإسلام دعوته بالحث على التعليم : حمل الرسالة محمد بن عبد الله[1] النبى الأمى[2].

وكان أول ما نزل به الوحى على محمد عليه السلام، دعوة الله له إلى العلم والقراءة والفهم يقول الله[3] : ﴿**اقرأ باسم ربك الذى خلق * خلق الإنسان من علق * اقرأ وربك الأكرم * الذى علم بالقلم * علم الإنسان ما لم يعلم**﴾ وفهم الرسول من هذا أن الدعوة التى سيقوم بتبليغها أساسها العلم والتعقل، فحارب الجهل وهو الأمى فى أمة تسودها الأمية، وفرض التعليم على كل مسلم فقال : «فضل العلم خير من فضل العبادة» وتوعد المتعلمين الذين لا يعملون على نشر العلم، أو الجاهلين الذين لا يسمون لاقتباس

(١) ولد صباح اليوم الثانى عشر من ربيع الأول أو صباح اليوم التاسع عشر عام الفيل (٢٠/٤/٥٧١م).

(٢) كان الرسول أميا بمعنى أنه لا يقرأ ولا يكتب على ما حققه الباحثون وذهب إليه جمهور العلماء وأهل السنة خاصة، فقد كان يجعل غيره من الصحابة يكتب له وهو يتلو عليه. لكن الشيعة يرون أن المراد بالأمى ما يقابل أهل الكتاب الذين يحوزون الكتب المقدسة ويعرفونها. فالمراد أن الرسول لم يكن له علم بهذه الكتب المقدسة ﴿وقال الذين كفروا إن هذا إلا إفك افتراه وأعانه عليه قوم آخرون فقد جاءوا ظلما وزورا * وقالوا أساطير الأولين اكتتبها فهى تملى عليه بكرة وأصيلا﴾. ﴿ولقد نعلم أنهم يقولون إنما يعلمه بشر لسان الذى يلحدون إليه أعجمى وهذا لسان عربى مبين﴾. ﴿وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذا لارتاب المبطلون﴾ . راجع نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور على حسن عبد القادر.

(٣) سورة العلق جـ ٣٠.

العلم(١)، بل لما وقع في يد المسلمين بعض الأسرى من القراء والكتاب جعل فداء كل منهم أن يعلم عشرة من المسلمين القراءة والكتابة، وفضل هذا عن افتدائهم بالمال رغم شدة حاجتهم إليه وخصوصا وهم في بدء التكوين، لأن طبيعة الدعوة أنها لا تعيش في عقول مظلمة، يقول الله تعالى : **﴿كتاب أنزلناه إليك لتخرج الناس من الظلمات إلى النور﴾**(٢).

التشريع بين مكة والمدينة في هذا العصر : استمرت فترة التشريع اثنتين وعشرين سنة وعدة شهور، وهي من الناحية التشريعية تتميز بين فترتين :

(أ) قبل الهجرة حيث بدأت بمكة سرا بدعوة فردية توجه الناس إلى عقيدة التوحيد، وتوجه أبصارهم نحو الكون والخلق الكريم وبعد ثلاث سنوات أمر بأن يجهر بالدعوة **﴿فاصدع بما تؤمر وأعرض عن المشركين﴾**.

واستمر التشريع على هذا النحو ثلاث عشرة سنة، كان جلها جهادا في هذه النواحي، ولم يشرع فيها من الأحكام إلا القليل، وما نزل من القرآن بمكة أقل من الثلثين بقليل.

وبدأت الفترة الثانية حينما أذن الله لرسوله والمؤمنين معه بالهجرة من مكة، فهاجر إلى المدينة الموطن الثاني للدعوة الإسلامية(٣).

---

(١) راجع الترغيب والترهيب للمنذري جـ ١ ص ٦٠، ،وفي كتب الحديث فصل للحث على التعليم وأن الرسول قال في خطبة له :«ما بال أقوام لا يفقهون جيرانهم، ولا يعلمونهم ولا يعظونهم ولا يأمرونهم ولا ينهونهم، وما بال أقوام لا يتعلمون من جيرانهم ولا يتفهمون ولا يتعظون. ،والله ليعلمن قوم جيرانهم ويفقهونهم ويعظونهم ويأمرونهم وينهونهم، وليتعلمن قوم من جيرانهم ويتفقهون ويتعظون. أو لأعاجلنهم العقوبة . . .»

(٢) أول سورة إبراهيم جـ ١٣.

(٣) ومعه صاحبه أبو بكر وعامر بن فهيرة مولى أبي بكر وعبد الله بن أرقم، وخلف على بن أبي طالب على ودائع كانت عنده للناس حتى أداها ثم لحق بهم. راجع المعارف لابن قتيبة ص٦٦.

وهناك بدأت تتكون نواة الدولة الإسلامية، وأصبح لها كيان دولى، وظهرت حاجتها إلى الأحكام العملية وتنظيم الجماعة ـ حيث إن الرسول لم يدخل المدينة بتشريع وقوانين كما أن المدينة لم تكن قبل هجرته خاضعة لنظم وقوانين قائمة ـ فاتجه التشريع إلى الناحية الفقهية، وأخذت آيات الأحكام تنزل على الرسول الواحدة تلو الأخرى إما إجابة عن سؤال[١]، وإما أن ترد آيات الأحكام بيانا لاستفتاء، وهذه لم ترد فى القرآن إلا فى آيتين[٢] وقد تنزل آيات الأحكام من غير سؤال أو استفتاء وإنما لبيان الحاجة أو لإظهار حكم[٣]

وهكذا استمر التشريع حتى اكتمل فنزل قوله تعالى ﴿**اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا**﴾[٤]، وقد كان ذلك قبل وفاة الرسول بثلاثة أشهر، وكانت هى آخر آية من آيات الأحكام. وقد كانت هذه الفترة هى فترة التقنين الفقهى ومدتها عشر سنوات. وما نزل بالمدينة بالنسبة لمجموع القرآن يقدر بالثلث أو يزيد عنه قليلا

وقد كان الفقه فى هذا الدور واقعيا عمليا، وكانت كلمة (فقه) تطلق على كل ما يفهم من نصوص الكتاب والسنة سواء من أمور العقيدة أو الأخلاق أو المسائل العملية، وكان الفقهاء يسمون بالقراء، وكان القراء يحفظون الآيات مع أحكامها، يقول ابن مسعود كان الرجل منا إذا تعلم عشر آيات لم يجاوزهن حتى يعرف معانيهن والعمل بهن.

---

(١) والآيات التى جاءت إجابة عن سؤال فى القرآن خمس عشرة آية قيل إن منها ثمانى آيات من آيات الأحكام ﴿يسئلونك عن الخمر﴾، ﴿ويسئلونك ماذا ينفقون﴾، ﴿ويسئلونك عن اليتامى﴾، ﴿ويسئلونك عن الأنفال﴾، ﴿يسئلونك ماذا أحل لهم﴾، ﴿يسئلونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم﴾، ﴿يسئلونك عن الشهر الحرام﴾، ﴿ويسئلونك عن المحيض﴾ وأرى أن آية ﴿ويسئلونك عن الأهلة﴾ تعتبر من آيات الأحكام

(٢) هما ﴿ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن﴾ سورة النساء ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخ أو أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد﴾ سورة النساء والكلالة هى أن يموت الشخص وليس له والد ولا ولد

(٣) ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به﴾ سورة المائدة ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ سورة البقرة، ﴿يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ سورة النساء

(٤) سورة المائدة الآية ٣ جـ ٦

وكان الرسول بما يوحى إليه(١) من ربه مصدر التشريع فى هذا العهد، وكان الإفتاء والقضاء منحصرا فيه، أو من ينيبه عنه فى الأماكن النائية أو فى حضرته للتمرين على القضاء.

كما أن التشريع الإسلامى وضع جميع قواعده وأصوله واكتملت مصادره الأصلية الموحى بها فى هذا العصر.

مصدر التشريع فى عهد الرسول : كان التشريع كله يوحى(٢) به للرسول إما بلفظه ومعناه وهو القرآن. وغالبا ما نجد القرآن يقتصر على إيراد القواعد العامة والأحكام المجملة ثم تكون مهمة الرسول بعد ذلك التفصيل والتبيين ﴿**وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم**﴾(٣).

فهذه الصلاة والزكاة قد فرضها الله تعالى. فما هى الصلاة وما المطلوب فى الزكاة، هل لذلك وقت معين ونصاب محدد، وعلى أى وضع؟ فبين الرسول كل هذا بالسنة. فعلمنا كيف تكون الصلاة ومتى تجب. وبين لنا وقتها وعدد ركعاتها،

---

(١) جاء فى شرح المنار لابن ملك : «الوحى نوعان : ظاهر وباطن، فالظاهر ثلاثة أنواع. الأول ما ثبت بلسان الملك فوقع فى سمع الرسول بعد علمه بآية قاطعة أنه هو الملك نازل بالوحى من الله، والقرآن من هذا القبيل بقول الله تعالى : ﴿قل نزله روح القدس من ربك بالحق﴾ الثانى ما ثبت عنده عليه السلام بإشارة الملك من غير بيان بالكلام وإلى هذا النوع أشار الرسول بقوله: : «إن روح القدس نفث فى روعى ان نفسا لن تموت دون أن تستكمل رزقها فاتقوا الله وأجملوا فى الطلب». الثالث ما ظهر وتبدى لقلبه عليه السلام بلا شبهة بإلهام من الله بأن أراه بنور من عنده، أى بسبب نور فى قلبه من عند الله ﴿لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾.

والباطن من الوحى «ما ينال بالاجتهاد والتأمل فى الأحكام المنصوصة فسمى الاجتهاد منه عليه السلام وحيا باعتبار أن الله يقره عليه ما دام موافقا للحق، والأشعرية وأكثر المعتزلة والمتكلمين يأبون على الرسول الاجتهاد، وعندنا هو مأمور بالانتظار فيما لم يوح إليه فيه ثم يعمل الرأى بعد فوات مدة الانتظار وهى مقدرة بخوف فوات الغرض، ولا فرق بين الاجتهاد فى أمر الحرب وبينه فى حوادث الأحكام بعد انقضاء مدة الانتظار إلا أنه عليه السلام معصوم من القرار على الخطأ، واجتهاد النبى كالإلهام وهو القذف فى القلب من غير نظر أو استدلال» منقول باختصار من ص ٧٢٨ إلى ٧٣٢ من المرجع المذكور.

(٢) نظرة عامة فى الفقه الإسلامى.

(٣) سورة النحل الآية ٤٤ جـ ١٤.

كما بين لنا المقدار الذى تجب فيه الزكاة فى كل نوع من الأموال، والمقدار الواجب إخراجه فى كل منها، إلى غير ذلك مما يتعلق بأحكام القرآن المجملة غير المفصلة.

وإما أن يرد الوحى بالمعنى فقط، ويصوغه الرسول بلفظ من عنده، فهذا وما يصدر من الرسول بيانا للعام وتفصيلا للمجمل يطلق عليه السنة، وكله من عند الله إذ الرسول فى هذا لا ينطق عن الهوى، ولذا كان التشريع فى عصر الرسول مصدره الوحى حتى فيما أيد فيه المتعارف، إذ العرف فيها لا يعتبر هو المصدر التشريعى، وإنما مصدرها الوحى الذى أقرها وجاء بها[1].

هل كان للرسول أن يجتهد ويشرع : الفقهاء وإن كانوا قد تناولوا هذا الموضوع من زمن بعيد بالبحث وقد كثر كلامهم فيه(٢) مما لا تتسع له دراستنا، إلا أنه بالاستقراء يمكن القول بأن الرسول ﷺ اجتهد وأفتى برأيه الشخصى من غير إيحاء، وخاصة فى الأمور التى لا تتعلق بالحل والحرمة من غير الأحكام الفقهية، لأنه بشر له عقل ناضج وفكر سليم. وقد يخطىء فى اجتهاده هذا وقد يصيب. والأمثلة على ذلك كثيرة نسرد لك بعضا منها، مما لم يقره عليها الشارع.

١ - **فهذه غزوة بدر.** وقد وقع فى أيدى المسلمين بعض الأسرى، ولم يكن قد جاء وحى فى حكمهم. فسأل الرسول أصحابه الرأى فيهم[2] فقال أبو بكر: «قومك وأهلك استبقهم، لعل الله يتوب عليهم وخذ منهم فدية تقوى بها أصحابك» وقال عمر : «كذبوك وأخرجوك من بيتك فقدِّمهم ، واضرب أعناقهم، هؤلاء أئمة الكفر، والله أغناك عن الفداء» فأخذ الرسول برأى أبى بكر، فنزل

(١) راجع للدكتور على حسن عبد القادر «نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى» الطبعة الثانية.

(٢) راجع كتب أصول الفقه، وكتاب الروض النضير ص ١٨٦، والرسالة التى قدمها فضيلة الأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى لنيل عضوية جماعة كبار العلماء فى «اجتهاد الرسول» طبعت سنة ١٩٥٠.

(٣) مسند الإمام أحمد بن حنبل جـ ١٠ ص ٢٤٤ طبع دار المعارف.

الوحى يناقضه فيما ذهب إليه، ويبين له وجه الصواب : ﴿ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن[١] فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم * لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم﴾[٢].

٢ ـ وهذه غزوة تبوك وقد أراد بعض المنافقين التخلف عن صفوف القتال وتعللوا بأعذار. فأذن لهم الرسول ﷺ دون أن يتبين صدقهم، فعاتبه الله على تعجله بالإذن لهم لأن الله أعلم بحقيقتهم، وبالذين كانوا يتخلفون سواء أذن لهم أم لا ـ ويعلم الصادقين من الكاذبين فجاء الوحى ﴿لو كان عرضا قريبا وسفرا قاصدا لاتبعوك ولكن بعدت عليهم الشقة[٣] وسيحلفون بالله لو استطعنا لخرجنا معكم يهلكون أنفسهم والله يعلم إنهم لكاذبون * عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين﴾ الآيات [٤].

٣ ـ وهذه خولة بنت ثعلبة وقد قال لها أوس بن الصامت : أنت علىّ كظهر أمى، فشكت إلى الرسول ذلك فقال لها : «حرمت عليه» فقالت: أشكو إلى الله فاقتى وحزنى، فسمع لها الله ونزل قوله تعالى ﴿قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها﴾ وبين أن الظهار ليس طلاقا وإنما تجب فيه كفارة تحرير رقبة أو صوم شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا.

واجتهاد الرسول فى الأحكام التى لم يوح بها محل اختلاف بين رجال الفكر الإسلامى[٥] ففريق يرى أن الرسول لا يجوز له أن يجتهد فيما لم يوح به

(١) الإثخان : كثرة القتل.
(٢) سورة الأنفال الآية ٦٧، ٦٨ جـ ١٠.
(٣) عرضا : أى مغنما سهل المأخذ، وقاصدا : أى وسطا قريبا. والشقة هى المسافة .
(٤) سورة التوبة ٤٢، ٤٣ جـ ١٠.
(٥) وهم الأشعرية وكثير من المعتزلة والمتكلمين : والأشعرية نسبة إلى أبى الحسن الأشعرى المولود بالبصرة سنة ٢٧٠ هـ وقد كان من المعتزلة ، أخذ المذهب عن أبى على الجبائى شيخ المعتزلة، وأصبح لسان المعتزلة أكثر من ثلاثين عاما، ولما تبين له فساد مذهب المعتزلة تخلى عن الجبائى=

من الأحكام العملية المتعلقة بالحل والحرمة، وأجاز آخرون [١] أن يجتهد الرسول فى مثل هذه الأحكام الشرعية التى لم يرد فيها وحى، والراجح عند الفقهاء أنه يجوز للرسول أن يجتهد فيما لم يرد فيه وحى فى الحروب وفى الأحكام الشرعية، وعلى هذا فالرسول عليه السلام معصوم من الإقرار على الخطأ[٣] لأنه لو أخطأ ناقضه الوحى وبين له وجه الصواب وإن أصاب أقره الوحى.

بل يروى لنا التاريخ الإسلامى أن بعض الصحابة اجتهد فى عهد الرسول عليه السلام وقضى باجتهاده فى بعض الخصومات أو فى أمور الحرب، وعلى كل فليس فى هذا ما يدل على أن لأحد غير الرسول بالإيحاء سلطة تشريعية فى هذا

= ومال إلى مذهب أهل السنة، ورد على المعتزلة وبين فساد مذهبهم، ومن أنصاره الإمام الغزالى والإمام الرازى . راجع رسالة التوحيد للإمام الشيخ محمد عبده.

المعتزلة : وهم أتباع واصل بن عطاء الذى تتلمذ على شيخه الحسن البصرى، لكن اعتزله لما قالت الخوارج بتكفير مرتكب الكبائر، وقالت الجماعة إنهم مؤمنون وإن فسقوا بالكبائر فخرج واصل عن الفريقين وقال إن الفاسق من هذه الأمة لا مؤمن ولا كافر ومنزلته وسط فغضب منه الحسن فاعتزل مجلسه وكان من مبدئهم وجود الكسب الاختيارى، وقد كان المعتزلة أجرأ الفرق على تحليل أعمال الصحابة ونقدهم، مات شيخهم واصل سنة ١٨١هـ راجع فجر الإسلام من ص٢٩٧ ، وراجع الوسيط فى الأدب العربى ص ٢٣٩، ضحى الإسلام جـ ٣ من ص ٢١ إلى ص ٢٠٧، وراجع نشأة الفكر الفلسفى فى الإسلام للنشار ص ٦٦.

والمتكلمون نسبة إلى علم الكلام، وسمى بعلم الكلام لأن أشهر مسائله التى وقع فيها الخلاف بين علماء القرون الأولى هى أن كلام الله المتلو حادث أم قديم، راجع رسالة التوحيد للإمام محمد عبده ص ١١٥، والمسامرة شرح المسايرة للكمال بن الهمام ص ١٩.

(١) وهم علماء الحديث وعلماء الأصول، وهو ما روى عن أبى يوسف من الأحناف، وقد أجازه الشافعى دون قطع بحصوله.

(٢) راجع للآمدى الأحكام جـ ٤ ص ٢٢٢ وحاشية الرهاوى على المنار ص ٧٢٩ وكتاب أصول الفقه للمرحوم الشيخ الخضرى ص ٤٤٦ وما بعدها، والاجتهاد الفقهى فيه آراء ثلاثة : **جائز ووقع فعلا** : لقول الله ﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾، والرسل أعظم الناس بصيرة فهم داخلون تحت هذا الخطاب العام، وقيل إن الرسول مأمور بانتظار الوحى فيما لم ينزل عليه فيه وحى فإذا خاف فوات الغرض يعمل بالاجتهاد، ويرى ابن حزم من الظاهرية وبعض الفقهاء عدم جواز اجتهاد الرسول فى الأحكام الفقهية.

أما اجتهاده فيما هو مباح من أمور المسلمين، وفيما هو من أمور الدنيا ومكايد الحرب، وفى تطبيق حكم الله فيما يعرض عليه فلا حرج فيه، وهذا الاجتهاد فى التطبيق لا فى التشريع ويسمى عند الأصوليين «تنقيح المناط» والواقع أن الفريق الأول لم يذكر لنا حكما واحدا فقهيا جاء عن طريق اجتهاد الرسول. راجع لنا تاريخ التشريع الإسلامى.

(٣) راجع حاشية الرهاوى على شرح المنار ص ٧٣١ وما بعدها.

العهد، لأن ما حدث إما فى الأمور التى لا تتعلق بالحل والحرمة أى فى غير الأحكام الفقهية، وإما أن يكون مجرد تطبيق الأحكام فى القضاء والإفتاء، وحتى إن حدث فى حكم فقهى فما يصدر عنهم فى عهده لا يعتبر تشريعا ولا يلتزم به عامة المسلمين، إلا إذا أقره الرسول عن طريق الوحى، وعلى هذا فاجتهاد أصحاب الرسول فى عهده واجتهاده عليه السلام لم يكن مصدرا فقهيا وإنما المصدر هو الوحى حتى مع القول بأن الصحابة اجتهدوا فى عهده فى حكم مسألة فقهية[١] لأنهم لم يقفوا عند اجتهادهم وإنما عرضوا الأمر على الرسول.

وإذا كان الاجتهاد لا يعتبر مصدرا فقهيا فى عهده ـ فترة الإيحاء ـ فلا وجود للقياس أيضا فى هذا العصر، باعتباره مصدرا إذ القياس ضرب من ضروب الاجتهاد، وإذا كان لا اجتهاد فلا اختلاف والا اتفاق، وعلى هذا فلا وجود للإجماع أيضا، ويكون المصدر التشريعى هو الوحى فقط[٢].

ومن أمثلة اجتهاد الصحابة فى هذا العهد بإذن من الرسول نفسه ما روى أن النبى ﷺ قال لعمرو بن العاص يوما : احكم فى هذه القضية، فقال عمرو : أجتهد وأنت حاضر؟! فقال : نعم، إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر. وهذا معاذ بن جبل بعثه الرسول إلى اليمن ليعلم أهلها ويقوم ببعض الأمر فيهم وقال له : كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال : أقضى بما فى كتاب الله، قال : فإن لم يكن فى كتاب الله، قال : فبسنة رسول الله، قال : فإن لم يكن فى سنة رسوله؟ قال أجتهد رأى لا آلوا «أى لا أقصر» فسر الرسول من ذلك وقال : الحمد لله الذى وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضى الله ورسوله.

(١) فى مثل قول الرسول لهم : «لا تصلوا العصر إلا فى بنى قريظة، فمنهم من اجتهد وهداه اجتهاده إلى التمسك بحرفية الأمر فأخر الصلاة، ومنهم من أداه اجتهاده إلى أن المقصود الحث على الإسراع فصلوا حين دخل وقته».

(٢) مذكرات الأستاذ الشيخ السنهورى لقسم الدكتوراه بالكلية.

وهذه غزوة بدر حينما نزل الرسول بأصحابه المحاربين منزلا اختاره من بدر استعدادا للقتال، فقال له الحباب بن المنذر : أهذا منزل أنزلكه الله فلا تعدل عنه أم هو الرأى والحرب والمكيدة؟ فقال الرسول : بل هو الحرب والرأى والمكيدة. فاشار الحباب إلى منزل آخر، ووافقه الرسول عليه، وكان سببا فى النصر.

وعلى كل فقد كان الاجتهاد فى عهد الرسول كما بينا محدودا فى نفسه، ولم يتجاوز الحقوق الخاصة، ولم يخرج عن المسائل الحربية وقضايا الأفراد إلا قليلا.

ومن يتتبع أحاديث الأحكام وأسباب ورودها يجد أن أحكام الرسول الاجتهادية التى لم يلهم فيها من الله كانت إجابة عن استفتاء أو فصلا فى خصومة، أو إجابة عن سؤال، وهذه أحكام نبوية صرفة بمعانيها وعباراتها لا يقره الله عليها إلا إن كانت صوابا[1].

وأيا ما كان فمن الثابت أنه لا يوجد حكم تشريعى فى هذا العهد إلا ومصدره الوحى، ولم يقل أحد غير ذلك سواء من أجازوا للرسول الاجتهاد ومن لم يجيزوه، وقد انتهى عهد الرسالة، وأصبح البحث فى هذا من الناحية العملية غير مجد فى شىء، فقد كان الرسول إذا حدثت حادثة ليس لها نص سابق فى القرآن ينتظر الوحى فيها، فإما أن تنزل آية قرآنية فيها، أو تحدث سنة، وأحيانا كان يطلب من أصحابه أن يجتهدوا ويحكموا، ونستطيع أن نأخذ من حديث معاذ بن جبل مع الرسول أنه عليه السلام أقر فى عصره استنباط الأحكام من الكتاب فالسنة فالاجتهاد، وإذا كان الرسول أقر الاجتهاد فى عهده إلا أنه لا يمكن اعتباره مصدرا للتشريع فى ذلك العهد لأن الوحى ينقضه إن كان خطأ، وإلا فيعتبر إقرارا له، وبذا يكون المصدر هو الإيحاء[2] بنوعيه.

---

(١) أصول الفقه للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٨٦، فجر الإسلام للأستاذ أحمد أمين ص ٢٨٨.

(٢) لكن جاء فى كتاب المدخل إلى علم أصول الفقه للأستاذ معروف الدواليبى ص ١١ (طبعة مطبعة الجامعة السورية سنة ١٩٤٩) أن الرسول قد جعل الاجتهاد أصلا ثالثا للأحكام فى عصره.

وفى حدوث الاجتهاد فى عصر الرسول ﷺ رغم هذا فائدة ذات أثر، فهو بمثابة البيان والإرشاد لأصحابه والفقهاء من بعدهم إلى طريق استنباط الأحكام وإرجاع الجزئيات إلى قواعدها الكلية لوجود العلة فيها، وخصوصا أن نصوص التشريع لم تستوعب أحكام كل ما يستجد، وأنه لابد من الاستنباط والاجتهاد والبحث عن العلة فى كل حكم، ولذا يقول الرسول لأصحابه فى آخر أيامه فى الدنيا : «تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما، كتاب الله وسنة نبيه». كما أن فى اجتهاده عليه السلام فائدة أخرى هى رفع اللوم عن المجتهدين من بعده إذا لم يصلوا باجتهادهم إلى الحق والصواب.

وينبغى أن يلاحظ أن مجال اجتهاد الرسول كان فى النظر فى معانى النصوص الشرعية وتمييز دلائلها والنظر فى علل الأحكام،والنصوص بكل معانيها لا تخفى على علمه بحال، كما أن العلل ظاهرة له لا يخطىء فى فهمها فتكون فى حقه بمنزلة المنصوص تماما كما يقول صاحب مسلم الثبوت، أما اجتهاده عن طريق استعمال القياس فهو الذى يحتمل الخطأ وإن كان هناك من الأصوليين من أطلق القول باجتهاد النبى فى دائرة النصوص والعلل والقياس.

وعلى كل فالتشريع فى عصر الرسول كان واقعيا متدرجا مع الحوادث، وهذا لا شك أقرب إلى القبول والامتثال، ولم يكن التدرج مقصورا على التشريع الكلى فقط بل كان أيضا فى تشريع الحكم الواحد على ما بيناه فى موضعه.

المبحث الثانى

الفقه فى عصر الخلفاء والصحابة

الفتح الإسلامى فى هذا العصر وأثره فى الفقه:

توفى الرسول ولم يكن الإسلام قد تعدى نفوذه الجزيرة العربية اللهم إلا مجرد توجيه الدعوة للأمم المجاورة، وكان أول الخلفاء من بعده أبو بكر الصديق(١) ثم عمر ثم عثمان ثم بويع الإمام على الخليفة الرابع، وحدثت فتن وقلاقل وانتهى الأمر إلى معاوية بالقهر والغلبة وبقوة عصبته، لا بالوازع الدينى وحده، وخرجت المسألة من كونها خلافة إلى ملك فيه معنى الخلافة حتى صار الأمر بعد خلافة الرشيد وبعض ولده ملكا صرفا(٢).

---

(١) وكان قبل خلافته تاجرا يعيش من كسبه، فلما ولى الخلافة ظل كذلك شهرا، ثم وجد أن التجارة تشغله عن أمور الناس وخاصة بعد أن كلمه عمر فى ذلك فقال: لا والله لا يصلح الناس إلا التفرغ لهم والنظر فى شأنهم. وترك التجارة واستنفق من بيت مال المسلمين. ففرض له أبو عبيدة أمين بيت المال قوت رجل من المهاجرين ليس بأفضلهم ولا بأوكسهم. وكسوة الشتاء والصيف بقدر ما يصلحه ويصلح عياله يوما بيوم، ويحج ويعتمر، وقدر ما فرض له فى العام بستة آلاف درهم أى ما توازى عشرة جنيهات ونصف شهريا، ومع هذا لما حضرته الوفاة قال: ردوا ما عندنا من مال المسلمين فإنى لا أطيب من هذا المال شيئا وإن أرضى التى بمكان كذا أو كذا للمسلمين، بما أصبت من أموالهم، وكأنه كان يرى أن الأفضل له ألا ينال من مال المسلمين شيئا ما دام له شىء من المال.

(٢) الفرق بين الخلافة والملك أن الخلافة حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعى، والملك السياسى حمل الكافة على مقتضى الغرض والشهوة، راجع: على عبد الرازق فى الإسلام وأصول الحكم.

والخلافة هى رياسة عامة فى أمور الدين والدنيا نيابة عن النبى ﷺ، ويسمى الخليفة أيضا إماما تشبيها لها بإمامة الصلاة لأن الرسول قبل وفاته أناب عنه أبا بكر ليؤم الناس فى الصلاة. وهى تتم بالاختيار عند جمهور المسلمين بالانتخاب والبيعة. راجع لنا تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره.

وفي عصر الخلفاء والصحابة بدأ الفتح الإسلامي فأظل الإسلام في فترة وجيزة[١] ممالك ودولا كثيرة دخلها الإسلام بنوره وتعاليمه الحكيمة قبل أن يدخلها المسلمون بسيوفهم.

ولا تعجب من هذه السرعة فلم يكن أساسها قوة الغزاة المادية، وإنما قوتهم الروحية، وقوة الدعوة نفسها ورصانة مبادئها، فلم يكن الفتح الإسلامي سلبا ونهبا وتدميرا[٢]، وإنما كان فتحا منظما يسير فيه مع الجند القارئ والمعلم والمحدث لأنه جهاد في سبيل الله.

وقد دخل أكثر أهل هذه البلاد المفتوحة في الإسلام واعتنقوا مبادئه مؤمنين بها، ومع هذا فمنهم من أسلم فرارا من الجزية[٣] أو ليدخل في دين الحاكم.

وعلى كل فقد امتزج المسلمون من العرب بغيرهم من هذه الأجناس في كل بلاد الفتح الإسلامي، بل حتى في المدينة عاصمة الملك إذ يقصدها ذوو الحاجات والرسل من الأمم الأخرى والأسرى، وكذا مكة التي يحج إليها من أنار الله قلبه بالإيمان من تلك البلاد، فاختلطت العناصر المختلفة وتعرف المسلمون على أمور لم يكن لهم بها عهد من قبل، وعادات لم يعرفوها وتقاليد لم يألفوها، فعرضت

(١) فتحت الشام سنة ١٧ هـ وكانت قد تداولتها مدنيات مختلفة. وفي سنة ٢٠هـ فتحت مصر الوارثة لحضارة قدماء المصريين واليونان والرومان (راجع فتح العرب لمصر تعريب الأستاذ فريد أبو حديد، وراجع فجر الإسلام ص ١٠٤ / ١١٣ للأستاذ أحمد أمين).

وفي سنة ٢١هـ فتحت العراق ثم فارس وامتدت الفتوحات حتى أخضع المسلمون لسلطانهم السند وبخارى ووصلوا سمرقند، كما فتحوا بلاد المغرب: برقة وتونس والجزائر ومراكش، وفي سنة ٩٣ هـ فتحت الأندلس بل توغل المسلمون في فرنسا حتى نهر «اللوار».

(٢) كتب عمر إلى أحد ولاته بأن لا يأذنوا لأحد من جنود المسلمين أن يزرع أو يزارع في البلاد المفتوحة وبأن يعطوا أرضا لأحد منهم ألبتة وذلك للآتي:

أ ـ كي لا يزاحم المسلمون أهل الذمة والعهد في بلادهم ويضيقوا عليهم في معاشهم.

ب ـ كي لا يألف الجند العمل في الأرض إبان الفتح فتميل نفوسهم إلى الراحة ويضعفون عن القتال.

جـ ـ أن تبقى الأرض في يد أهليها وتأخذ الدولة خراجها فتقوم به على شئونها العسكرية والإدارية.

(٣) الجزية يدفعها الرجال القادرون على القتال فقط من غير عباد الأوثان أو المرتدين عن الإسلام، وهي تجبى على الرأس، بدأت بدينار في العام: راجع فجر الإسلام ص ١٠٦.

لهم بسبب ذلك أحداث ليس لهم بها سابق عهد، ولا يوجد لها حكم شرعى ظاهر يمكن تطبيقه.

اجتهاد الصحابة[١] وبدء تطور الفقه : ماذا يصنعون أمام هذه المشاكل وقد انتقل زمام الحكم إليهم، وأصبحوا بحكم قيادتهم لأمور الدين والدنيا مكلفين بالفصل فى كل هذه الأمور التى جدت عليهم من إظهار حكم الله فيها، فكان لابد من الاجتهاد وإعمال الرأى على ضوء القواعد الشرعية[٢]، وبهذا صدرت عنهم عدة فتاوى بأحكام فى مشاكل وحوادث لم يرد فيها نص، وكانت هذه الفتاوى أساسها الاجتهاد والاستنباط.

وإن كان الخلفاء ومعاصروهم لم يعتمدوا على الاجتهاد إلا قليلا حتى لا ينفتح للناس باب القول فى الدين بما ليس منه، ولتحرجهم من تبعة ما قد يخطئون فيه من الأحكام[٣] إلا أنه يمكن القول بأن الاجتهاد وجد له مجالا فى جميع

(١) الصحابى فى عرف الفقهاء هو من لقى النبى وآمن به ولازمه زمنا حتى عرف بالفقه والنظر، وتعرف هذه الصحبة بالتواتر والاستفاضة، ولذا فقد رفض الفقهاء أخبار أبى هريرة لعدم معرفته بالفقه فلا يأخذون بأخباره إلا بعد نظر فيها وموافقتها للقياس، أما من عاصر الرسول ولم يلقه فلا يسمى صحابيا حتى وإن كان فقيها، وإنما يعتبر من التابعين.

والتابعى من لقى الصحابى وأخذ عنه، وعصر التابعين متداخل فى عصر الصحابة، والفترة التى انفردوا بها قليلة وقد تكون نهايتها قبل نهاية دولة بنى أمية، وهم كما يقول علماء الحديث خمس عشرة طبقة. راجع لنا تاريخ التشريع الإسلامى.

(٢) وهذا لا يتنافى مع قول الله تعالى فى سورة الأنعام الآية ٣٨ ﴿ما فرطنا فى الكتاب من شىء﴾ إذ الكتاب قد رسم الطريق فيما لم ينزل فيه وحى بقوله فى سورة الحشر الآية الثانية ﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾.

والاجتهاد : هو بذل الفقيه جهده فى استنباط حكم شرعى من الكتاب والسنة، فإن كان الاجتهاد من معقول النص سمى قياسا أو رأيا. والقياس هو إلحاق أمر ليس له نص صريح من كتاب أو سنة أو إجماع بأمر له نص فى أحدها لاتحاد العلة فيهما، والرأى ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب. أما إن كان الاجتهاد من ظاهر النص فلا يسمى قياسا ولا رأيا، والرأى لم يحدد له معنى خاص فى هذا الوقت وإنما هو كما يقول ابن القيم فى أعلام الموقعين: «ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب» والرأى عندهم جماعى وفردى وعلى كلٍّ فقد كان الرأى عندهم شاملا للأنواع التى تميزت بعضها عن بعض وسميت أسماء خاصة كالقياس والاستحسان والمصالح.

(٣) المختارات الفتحية ، أحمد أبو الفتح ص ١٠٨.

الحقوق الخاصة مما تعلق منها بالأسرة أو العقود والالتزامات، وكذا الحقوق العامة سياسية كانت أم إدارية أم دولية[1]، وأن عمر رضى الله عنه كان قويا فى هذا، وأبعدهم مدى وأكثرهم اجتهادا، وهم فى هذا كانوا يراعون تعاليم القرآن وسنة الرسول والروح الموجودة فيهما ملاحظين ما فيه مصلحة الناس، وما يتمشى مع أعرافهم، ومع هذا فإنهم إذا اجتهدوا واختلفوا فى الرأى ينسب كل منهم لنفسه الرأى ولا يجزم بأنه حكم الله ولا يعتبر مخالفه آثما، وهذه ظاهرة طيبة تدل على انعدام روح التعصب عندهم للرأى أيا كان سلطان صاحبه، كما تدل على شدة احترامه للرأى المتبادل بينهم[2]. انظر مثلا ما رواه الطبرى أن عمر بن الخطاب فى خلافته لقى رجلا له قضية نظرها الإمام على فسأله ماذا صنعت فقال : قضى بكذا، قال عمر : لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال الرجل : فما يمنعك والأمر إليك؟ قال عمر : لو أردك إلى كتاب الله أو سنة رسوله لفعلت، ولكنى أردك إلى راى والرأى مشترك ولست أدرى أى الرأيين أحق.

وفى الواقع أن الاجتهاد عن الصحابة على ثلاثة أنواع :

الأول : بيان النصوص وتفسيرها.

الثانى : القياس على الأشباه والنظائر التى جاءت فى الكتاب أو السنة على حكم أجمعوا عليه من قبل.

الثالث : اجتهاد بالرأى[3] دون اعتماد على نص أو قياس، وإنما استنباط من روح الشريعة، وقد كان هذا النوع هو الغالب عليهم المتحكم فى أفهامهم

---

(١) معروف الدواليبى : المدخل لأصول الفقه.

(٢) فهذا أبو بكر يقول إذا اجتهد فى أمر : «هذا رأيى فإن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمنى وأستغفر الله» وهذا عمر يقول بالنسبة لاجتهاده : «إن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمن عمر، لا تجعلوا خطأ الرأى سنة للأمة» ويقول : «إن عمر لا يدرى أنه أصاب الحق ولكنه لم يأل جهدا».

ويقول عبد الله بن مسعود فى المرأة التى مات زوجها قبل أن يدخل بها ولم يسم لها مهرا: «أقول فيها برأيى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط ـ الوكس االنقص والشطط الزيادة ـ فإن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان، والله ورسوله منه بريئان».

(٣) والرأى الفقهى على حد ما كان يفهمه الصحابة هو كما يقول ابن القيم جـ ١ ص ٣٦: ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات. فهو بهذا المعنى يشمل القياس والاستحسان والاستصلاح.

وأذواقهم، وهو الذى أطلق عليه فيما بعد بالمصالح المرسلة والاستحسان، ومثلهم فى ذلك مثل القاضى فى عصرنا الحاضر، وقد قيدته نصوص القانون فإنه إذا عرضت عليه قضية ولم يجد نصا قانونيا يحكمها طبق ما يراه عدلا وإنصافا. وإنا نسوق لك بعض المثل من اجتهاد الصحابة لتتبين الطابع العام للاجتهاد عندهم.

أمثلة من فقه الصحابة واجتهادهم :

(أ) امتنع بعض المسلمين فى خلافة أبى بكر[1] عن أداء فريضة الزكاة زاعمين أنها كانت تدفع للرسول فقط وأنهم فى حل من عدم دفعها لخليفته فماذا يصنع؛ أيقاتلهم رغم إيمانهم أم يتركهم مع أن الزكاة ركن من أركان الإسلام؟ فلجأ إلى الرأى واستشار، فكان من رأى عمر عدم مقاتلتهم لأن الرسول قال «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماء، وأموالهم إلا بحقها» فقال أبو بكر ـ وكان يرى قتالهم ـ : «ألم يقل إلا بحقها؛ فمن حقها إيتاء الزكاة، كما أن من حقها إقامة الصلاة» ثم قال «والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال. والله لو منعونى عقالا[2] كانوا يؤدونه إلى رسول الله لقاتلتهم على منعه».فوافقه عمر وقال : «ما هو إلا أن قد شرح الله صدر أبى بكر فعرفت أنه الحق»[3].

(ب) ما روى أن عمر بن الخطاب رفعت إليه قضية قتيل، اشترك فى قتله أكثر من فرد. أيقتل الجماعة بالواحد مع أن الله يقول: «النفس بالنفس»؟ فقال له على بن أبى طالب : أرأيت يا أمير المؤمنين لو أن نفرا اشتركوا فى سرقة جزور

---

(١) على أن الخلافة نفسها كانت بالاجتهاد إذ الرسول لم يعين خلفا لكنهم فى اجتهادهم قاسوها على إنابة الرسول لأبى بكر عنه فى أن يصلى بالناس وقالوا : لقد ارتضاه لنا فى أمر ديننا أفلا نرضاه فى أمور دنيانا . . . وتمت البيعة. راجع لنا المدارس الفقهية فى التشريع الإسلامى ص ٩٧ طبع جامعة القاهرة سنة ١٩٥٧.

(٢) العقال : الحبل الذى يعقل به البعير.

(٣) صحيح البخارى، مطبعة بولاق جـ ٢ ص ١٠٥.

فأخذ هذا عضوا وهذا عضوا أكنت قاطعهم؟ قال : نعم. قال: فكذلك، فأخذ عمر برأى على - وقال : لو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلوا به.

(جـ) توفى شخص عن إخوته وجده الصحيح[١]، وترك ما يورث عنه ولم يرد نص فى هذا، وإنما النص جاء فى ميراث الأب معهم وهو يفيد أنه يحجبهم فهل يعطون الجد حكم الأب فيأخذ كل التركة؟ إلى هذا اتجه أبو بكر وابن عباس ووافقهما عمر بعد أن استشكل عليه الأمر، لكن على بن أبى طالب، وزيد بن ثابت - وكان ماهرا فى مسائل الإرث - رأيا أنه لا يأخذ حكم الأب وأشركا الإخوة معه فى الإرث[٢].

(د) حدث أن غنم جيش المسلمين بعض أشياء فى الحروب وكان المحاربون من أنصار ومهاجرين، فلما جاء وقت توزيع الغنائم قال أبو بكر : «توزع عليهم بالتساوى لا فرق بين أنصارى ومهاجرى لأنهم إنما أسلموا لله وأجورهم على الله وإنما الدنيا بلاغ» وسوى بينهم فعلا، بينما كان عمر يرى التفاضل، وجعل نصيب المهاجر أكثر من نصيب الأنصارى لتركه دياره وأمواله؛ ولذا لما جاءت خلافته عمل برأيه وخالف ما عمل به الخليفة السابق مما يدل على أن الأحكام الاجتهادية حجة قاصرة وأن المجتهد ليس مقيدا باجتهاد من سبقه ما لم يكن إجماعا.

(هـ) وهؤلاء المؤلفة قلوبهم - وقد جاء النص بأن لهم نصيبا من الصدقات ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم[٣]﴾ فقد جعل نصيبا من الصدقات لتأليف بعض الناس واستمالتهم للإسلام، ومضى على ذلك الرسول طول حياته، حتى قال أحد الأشخاص ممن أعطاهم الرسول تأليفا لقلوبهم : «لقد أعطانى وهو أبغض الناس إلى، فما زال يعطينى حتى كان

(١) الجد الصحيح هو الذى لا تتوسط بينه وبين المتوفى أنثى فى القرابة كأب الأب وإن علا، راجع لنا فى هذا الوصايا فى الفقه الإسلامى القسم الأول «الميراث».
(٢) وبهذا أخذ قانون الميراث الجديد رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ المادة ٢٢.
(٣) سورة التوبة جـ ١٠ / ٦٠.

أحب الناس إلى . . » واتبع هذه السنة أبو بكر حتى منتصف خلافته، فجاءه اثنان منهما يطلبان أرضا فكتب لهمـا بها. فعارض عمر - لأنه نظر إلى علة النص لا إلى ظاهره، إذ العلـة من إعطائهم هو تأليـف قلوبهم واتقـاء شـرورهم عـندمـا يكون الإسلام ضعـيفا ويكون فى حاجة إليـهم - ورأى أن المسلمين وقد قويت شـوكتهم فإنـهم فى غيـر حاجة إلى اتـقاء شر هـؤلاء وقال : «إن الله أعز الإسـلام وأغناه عنكم، فإن ثبتم عليه وإلا فبيننا وبينكم السيف» فعدل أبو بكر عـن رأيه[1]. فعمر وإن حبس العطاء عن هؤلاء لأنه فى غير حـاجة إليهم إلا أنه لم يبطل الحكم الذى جاء به النص بحيث إذا ضعف المسلمون يومـا واحتاجوا إلى تأليف قلوب أعدائهم الحـربيين أو تألـيب القوى لدفع عـدو أعطوهم من هذا الـسهم، وشـأن ذلك فى عصرنا ما ترصده الدول للدعاية السياسية.

(و) روى أن غلمة لحـاطبة بن أبى بلتعـة سرقوا ناقـة لرجل من المدينة فأتى بهم عمـر فأقروا فـأرسل إلى عبد الرحـمن بن حاطبة فـجاء فقـال له : إن غلمان حاطبة سـرقوا ناقة رجل من مزينة وأقروا على أنفـسهم، فقال عمر : يا كـثير بن الصلت اذهب فاقطع أيديهم، فلما ذهب بهم ردهم عمر ثم قال : « أما والله لولا أنى أعلم أنكم تستـعملونهم وتجيعـونهم حتى أن أحدهم لو أكل ما حـرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم، وأيم الله إذا لم أفـعل لأغرمنك غرامـة توجعك» وأوقف التنفيذ[2].

ومن هذا وقفه تنفـيذ حد السرقة عام المجـاعة المسمى «عام الرمادة» مكتـفيا بتعزير السـارق إذ رأى أن شرائط إقامة حد السرقـة ألا يكون السـارق مضطرا إلى السـرقة اضطرارا واعـتـبر هذه المجـاعة ضـرورة يدرأ بهـا الحد، إذ الحـدود تدرأ بالشـبـهات. وليس فى هـذا تعطيل لحد الـسرقة، وإنما هـو اجتـهـاد حكيم فى التطبيق.

---

(١) راجع فتح القدير جـ ٢ ص ٢١٥، وإعلام الموقعين لابن القيم. والموافقات للشاطبى.
(٢) راجع أيضا الكلام عن الحدود فى كتب الأصول وحد السرقة فى كتب الفقه.

ومن الأمثلة التى تدل على الاجتهاد واختلاف رأى الصحابة فى المدينة مع رأى الصحابة فى المدن الأخرى:

١ ـ قضى أهل المدينة فى بعض الخصومة بناء على شهادة شاهد واحد، ويمين صاحب الحق. مع أنهم فى مصر والشام وحمص والعراق كانوا لا يكتفون فى الإثبات إلا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين، ولكل فريق وجهته التى يستند إليها[(١)].

٢ ـ جمع أهل المدينة بين االصلاتين فى الليلة الممطرة، بينما لم يجمع غيرهم من فقهاء مصر أو العراق أو الشام بين المغرب والعشاء قط، مع أن المطر فى مدنهم قد يكون أكثر منه فى المدينة[(٢)].

هذا قدر يسير من كثير من الأحكام التى صدرت نتيجة اجتهاد واستنباط فى ذلك العصر، وهى تدل على النواحى المختلفة فى اجتهادهم والتى أشرنا إليها من قبل، كما تدل على اختلافهم فى الرأى فى بعض منها، بل لعلك لاحظت أن عمر ابن الخطاب اجتهد فى تعرف المصلحة التى لأجلها كانت آيات الأحكام أو احاديثها، ثم يجعل الحكم يتبع المصلحة ويرتبه عليها[(٣)]. ولا تظن أن هذا نسخ لما جاء به النص، وإنما هو تغيير للحكم تبعا لتغير علته، بحيث إذا وجدت العلة التى من اجلها وجد الحكم المنصوص عليه كان هو الواجب أن يعمل به.

منشأ اختلافهم :

فى الواقع أن اختلافهم فى الأحكام المجتهد فيها إنما يرجع إلى اختلافهم فى فهم بعض آيات الأحكام لأن دلالتها ظنية لاشتراك اللفظ بين معنيين كالقرء فى قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فإنه يعرف فى اللغة بمعنى الطهر وبمعنى الحيض، أو للاختلاف فى حمله على الحقيقة أو المجاز

(١) راجع إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٤ وكتب الفقه فى باب الشهادة.
(٢) إعلام الموقعين.
(٣) راجع شرح نهج البلاغة جـ ٣ ص ١١٥ .

كلفظ أب فهو يحمل على المعنى المجازى فيشمل الجد ويأخذ حكم الأب فى حجب الإخوة عن الميراث، واختلافهم فى حفظ السنة واستيعابها وفهمها، وتفاوتهم فى الاجتهاد واستعمال الرأى وخصوصا أنه لم يكن محددا، ومدى تأثرها باختلاف البيئة التى جدت عليهم أو جدوا هم عليها، وأيضا تغير الزمن نفسه، لذا فإنه يقال عند الاختلاف فى بعض المسائل : إنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان.

وبالجملة فإنه يمكن أن يقال إن مرد الخلاف بينهم يرجع إلى مقدار علم الصحابى بالسنة ومدى استعماله الرأى، وتأثير البيئة أيضا[١]. ومع هذا فقد كان الاختلاف بينهم فى الفروع دون الأصول، وكان يسيرا محدودا لأخذهم بمبدأ الشورى، وتيسير اجتماعهم، وخاصة فى أيام عمر الذى منعهم من مبارحة المدينة حتى يكونوا بمثابة جمعية تشريعية. كما أنهم كثيرا ما تورعوا عن الفتيا، وأحالها كل منهم على غيره خشية الزلل، وفى هذا يقول ابن أبى ليلى : «أدركت عشرين ومائة من الصحابة فما كان منهم محدث إلا ود أن أخاه كفاه الحديث، ولا مفت إلا ود أخاه كفاه الفتيا».

كون الفقه فى هذا العصر واقعيا وسببه :

كان الصحابة هم أصحاب السلطان؛ ففيهم الخلافة ولديهم من شئون الدولة وأمور السياسة ما يحد من وقتهم، فإذا علمت ذلك وعلمت أن الاستفتاء لم يكن قاصرا على من دخلوا جديدا فى الإسلام من غير العرب بل كان من المسلمين القدامى أنفسهم الذين لم يكن لهم حظ الإلمام بدقائق القرآن والإحاطة بالسنة، ولم تمكنهم ظروفهم من مخالطة الرسول وملازمته وليس لهم ملكة فقهية، وإذا علمت مع ذلك أن القرآن لم يكن فى متناول كل فرد منهم، وأن السنة لم تكن قد جمعت فضلا عن أنهما قد جاءا بأحكام وقواعد يصعب على العامة فهمها واستنتاج الأحكام منها، يضاف إلى كل هذا أن الصحابة الذين يقومون بالإفتاء والقضاء -

(١) راجع لابن حزم الأحكام جـ ٢.

وهم قلة[١] ـ تفرقوا فى المدن وخاصة بعد عهد عمر تبعا لاتساع الفتح وارتفاع الحظر، وأنهم كانوا على جانب كبير من الورع مما جعل بعضهم يحيل الفتوى على غيره مهابة وورعا[٢]، وخصوصا فيما يبدو لى بعد ظهور بعض الأفراد ممن أرادوا الكيد للإسلام رغم تظاهرهم به كعبد الله بن سبأ ومعاونيه الذين كانوا يفترضون المسائل ويطلبون فيها حكما، ولا يقصدون بهذا إلا بلبلة الأفكار وتشكيك الناس وإثارة الفتن.

كل هذه العوامل كانت سببا لقصرهم الفتوى على المسائل الواقعية فعلا، ولا يجيبون على الأسئلة الافتراضية، وقد روى عن زيد بن ثابت أنه كان إذا استفتى فى مسألة سأل عنها، فإذا كان الموضوع الذى تطلب فيه الفتوى قد حدث ووقع فعلا أفتى، وإلا قال : «دعوها حتى تكون».

الاجتهاد والإجماع مصدران للتشريع:

ولقد كان منهجهم فى التعرف على الأحكام فى ذلك العصر[٣] أنه إذا وقعت الحادثة بحثوا عن حكمها فى كتاب الله، أو تلمسوه فى سنة الرسول،

---

(١) كان الصحابة نحو مائة وثلاثين بين رجل وامرأة منهم من انصرف إلى أمر معاشه عن الاشتغال بالفقه ومنهم من لم يتوافر عنده الذوق الفقهى أو فقه النفس، ومنهم من توافر فيه كل هذا، وكان فيهم المكثر من الفتوى وفيهم المقل، وبينهما الوسط، ومن الذين كثرت عندهم الفتوى عمر، وعلى، وعائشة، وعبد الله بن مسعود، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر. والمتوسطون فى الفتوى عشرون منهم ابو بكر وام سلمة وانس بن مالك، وابو سعيد الخدرى، وعثمان ـ ومن المقلين فى الفتيا الحسن والحسين وفاطمة بنت الرسول وابو عبيدة بن الجراح وكانوا جميعا بالمدينة ثم تفرقوا بعد التوسع فى الفتح وإسناد الولاية والقضاء إليهم. راجع إعلام الموقعين جـ ١ ص ١٣.

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ١٦٠.

(٣) كان ابو بكر إذا احتكم إليه الخصوم نظر فى كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى به، وإن لم يكن وعلم عن رسول الله فيه سنة قضى بها، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال : اتانى كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله قضى فى ذلك بقضاء. فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله قضاء فيقول أبو بكر: الحمد لله الذى جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن الرسول جمع رءوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإن أجمع رأيهم على شىء قضوا به وهكذا كان الأمر فى عهد عمر.

وقاسوا الشبيه على شبيهه(١) فإذا لم يسعفهم النص تشاوروا فإذا اتفقوا على رأى كان حكما مجمعا عليه وكان حجة ملزمة، وإلا فإذا لم يتفقوا اتبعت الأقلية الأغلبية حسما للخلاف، ولكنه لا يعتبر حكما مجمعا عليه، وكان ذلك بالأخص فى المسائل العامة، وقد يراجع الواحد منهم الآخر فيما ذهب إليه فيرجع عنه ويزول الاختلاف، وكثيرا ما بقى كل منهم على ماذهب إليه،أوجد فى المسألة الواحدة أقوال مختلفة،ونشأت معه مذاهب الصحابة التى أطلق عليها فيما بعد اسم الآثار.

وقد نقلت مذاهبهم فقها مجردا ، كما نقلت مختلطة بمصادرها، ومن هذا يتضح أنه قد وجد فى عصر الصحابة مصدران فقهيان لم يكونا من قبل هما : الإجماع والرأى، الذى عبر عنه ابن القيم بأنه ـ أى الرأى ـ ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات. وهو بهذا المعنى يشمل القياس والاستحسان والاستصلاح وغيرها كما قلنا من قبل.

والفقهاء وإن اتفقوا على أن ما حدث من إجماع فى عصر الخلفاء يكون حجة فإن الجمهور منهم(٢) هم الذين يرون حجيته أيضا بعد ذلك، بينما لا يرى فريق حجيته بعدهم وخاصة من عصر التابعين، بل ولا إمكان تحققه لتفرق الصحابة وانقسامهم بسبب السياسة والحكم، ومن هؤلاء داوود بن على الظاهرى، وقول لأحمد، ويقول ابن حزم : «التابعون لم يحصهم أحد ولا يعرف الكثير مما قالوا، فمن ادعى إجماع هؤلاء فهو كاذب» وفى الواقع أن أحدا لم ينقل لنا حكما مجمعا عليه فى عصر التابعين ومن بعدهم.

والملاحظ أن الخلفاء كانوا يحتاطون جدا للتثبت مما يروى لهم على أنه سنة عند الإفتاء أو القضاء نظرا لأنها لم تكن دونت بعد، ولم يكن الجميع قد ألم بها بل منهم من سمع عن الرسول شيئا لم يسمعه غيره إذ لم يكن حاضرا. فضلا عن تفاوتهم فى الاستيعاب والحفظ والفهم ومعرفة المناسبة،

---

(١) إعلام الموقعين جـ ١ ص ١٧٦

(٢) راجع الإجماع فى كتب الأصول، وسنتناوله عند الكلام عن المصادر فيما بعد

وقد أدى كل هذا إلى اختلاف فى رواية بعض الأحاديث وشيوع التحريف فيها(١).

تفرق الصحابة وتنازعهم السياسى وأثره فى الفقه:

تفرق الصحابة على المدن تبعا لاتساع الفتح، وكان فيهم الحكم والقضاء وكان من آثار هذا انتشار رواية الحديث والتحريف فيها، ووجود فتاوى مختلفة وأحكام متباينة فى الواقعة الواحدة لاختلافهم فى تفهم آيات الأحكام ولعدم تدوين السنة، وتعذر عقد جمعيتهم التشريعية لبعد الشقة بين تلك المدن المختلفة فضلا عن أن طرقهم فى البحث كانت متعددة فمنهم من كان يقف عند الدلالة اللفظية للنص الوارد فى أصل التشريع، ومنهم من كان ينظر إلى العلة التى بنى الحكم عليها فيحكمها ويقيس النظير على النظير، ومنهم من كان يحكم المصلحة التى جاءت لها الشريعة، وكثيرا ما كانوا يرجعون إلى ما تدل عليه العادة وترشد إليه ظروف الحياة، وقد كان هذا الاختلاف فى منهج البحث مما أدى إلى تعدد المذاهب واختلاف الآراء(٢).

---

(١) يروى أن أبا بكر رضى الله عنه جمع الناس بعد وفاة الرسول وقال: إنكم تحدثون عن رسول الله أحاديث تختلفون فيها والناس بعدكم أشد اختلافا، فلا تحدثوا عن رسول الله شيئا فمن سألكم فقولوا بيننا وبينكم كتاب الله فاستحلوا حلاله وحرموا حرامه.

وقد جاءته جدة تلتمس أن تورث فقال لها: ما أجد لك فى كتاب الله شيئا، وما علمت أن رسول الله ذكر لك شيئا، ثم سأل الناس فقام المغيرة بن شعبة وقال: سمعت رسول الله يعطيها السدس، فقال أبو بكر: هل معك أحد؟ فشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك، فأنفذ لها.

كما روى أن عمر بن الخطاب سمع صحابيا يروى عن الرسول فقال: لتأتينى على ما تقول ببينة، فخرج فإذا أناس من الأنصار فذكر لهم ما كان بينه وبين عمر، فقالوا قد سمعنا هذا من رسول الله. فقال عمر: أما إنى لم أتهمك ولكنى أحببت أن أتثبت. وكان رضى الله عنه يأمر أصحابه بقلة رواية الحديث خوف الخطأ فى الرواية مما جعل معاوية يقول: عليكم من الحديث بما كان فى عهد عمر فإنه قد أخاف الناس فى الحديث.

وكان على بن أبى طالب يستحلف من يحدثه حديثا عن رسول الله، روى ابن الحكم والفزارى أن عليا قال: كنت إذا سمعت من رسول ﷺ حديثا نفعنى الله ما شاء أن ينفعنى منه وكان إذا حدثنى غيره استحلفته فإذا حلف صدقته.

(٢) المسئولية المدنية، محمود شلتوت.

ومن ناحية أخرى فإن الإسلام لم يكد يبلغ أشده حتى دهمته ريح عاتية من الفورات والأهواء المتباينة أثرت فى خطاه كما أثرت فى مصاير الدولة الإسلامية لأن النظم الروحية والسلطة الزمنية نشأتا فى المجتمع الإسلامى ممتزجتين مجتمعتين(١).

فبعد أن قتل عمر بن الخطاب بيد آثمة فى المسجد، وتولى عثمان الخلافة ـ وكان أحد الستة الذين أشار بهم عمر ليتم اختيار الخليفة من بينهم ـ قامت فتنة بسبب ذلك إذ تشيع بعض الناس لعلى بن أبى طالب ورأوا أنه أحق بالخلافة لأنه من قرابة الرسول، ورأى آخرون أن عثمان أحق بها، ثم قتل عثمان وتمت البيعة لعلى، وفى عصره تمخضت عناصر الخلاف والتنافس ـ التى ما لبثت منذ وفاة النبى تجيش فى صدور الناقمين والطامعين ـ عن أول حركة ثورية فى الإسلام، نشأت عنها كل الحركات الثورية التى اجتاحت المجتمع الإسلامى فى مختلف العصور والأقطار، وكانت هذه الحركة بسبب الإمامة والمبدأ الذى يستند إليه الحاكم السياسى فى تولى الحكم والاستئثار بالسلطتين الروحية والزمنية، ثم قتل على، وهكذا حتى اجتمع الناس على خلافة معاوية بن أبى سفيان الأموى، بعد أن تنازل الحسن بن على له عن الخلافة حقنا للدماء وحفاظا على وحدة المسلمين وجمع كلمتهم.

ومع هذا تركت هذه الحوادث المتتالية وراءها أحزابا، فهؤلاء الأمويون وقد كان فيهم الحكم، والشيعة الذين تشيعوا لعلى وآل بيته، وهؤلاء الخوارج الذين كانوا فى ركب على وفى صفوف جيشه، قد خرجوا عليه لما قبل التحكيم بينه

---

(١) معظم الدول الإسلامية لم تقم إلا وراء دعوة دينية يدعو إليها المتغلب ثم يوطد أسس دولته السياسية على هذه المزاعم الروحية. فالدولتان الأموية والعباسية فى المشرق ودولة الشيعيين فى إفريقيا ومصر والأدارسة والموحدين فى المغرب قامت كلها على هذا النحو. راجع تاريخ الجمعيات السرية والحركات الهدامة محمد عبد الله عنان طبعة الهلال ١٩٢٦.

وبين معاوية، وهؤلاء المرجئة(١) الذين سالموا الجميع. وكان من أثر هذا أن تفرق المسلمون وتباعدوا، وهم متفاوتون فى فهم الكتاب واستيعاب السنة، بل هذا التحزب جعل كل فريق لا يثق فيما انفرد بروايته الفريق الآخر من الأحاديث، وخصوصا إذا كانت تتعلق بنظام الحكم والقضاء، كما أن الحكام أنفسهم كنتيجة لهذا الانقسام انصرفوا عن الدين للسياسة وأحدثوا فى الدين ما لم يكن منه، فجعلوا الحكم وراثيا فى بيت معاوية، إلى غير ذلك مما أوجد جفوة بين الفقهاء والحكام، كل هذا جعل مهمة الفقهاء شاقة، وإن كان قد ترتب على انحراف الخلفاء الأمويين عن سيرة سلفهم الصالح اعتزال الفقهاء الحياة العامة والاعتكاف على نشر السنة والفقه ونقد الحكام؛ وقد تبع هذا أن علم الفقه بدأ يستقل ويصير له كيانه وموضوع يخصه، وأصبح يراد من العلم معرفة النصوص، ومن الفقه ملكة فهم الأحكام من تلك النصوص.

وأكثر من هذا أن تمكن الدساسون من وضع الأحاديث المكذوبة. ولعل كل هذه الأمور كانت سببا فى وجود نزعتين فى الفقه الإسلامى : نزعة تنتحى ناحية الرأى والاجتهاد والتوسع فى ذلك بحثا وراء علل الأحكام، وأخذوا يفترضون المسائل ويستنتجون أحكامها. وأخرى تقف عند النص، وتقف عند المسائل التى وقعت، ولذا كان فقههم واقعيا. كما كان هذا أيضا منبها ودافعا لتدوين السنة والفتاوى.

(١) المرجئة : سموا بذلك لأنهم يرجئون أمر المختلفين فى الخلافة الذين سفكوا الدماء إلى يوم القيامة فسالموا الجميع، وقالوا إن الفرق الثلاثة وهم: الأمويون والخوارج والشيعة مؤمنون وبعضهم مخطئ وبعضهم مصيب، ولا يمكن تعيين المصيب فيترك أمرهم إلى الله جميعا، وكان موقفهم من الدولة الأموية أنهم لا ينازعونها ولا يخرجون عليها كما لم ينازعوا الخوارج أو الشيعة، وكان بدء ظهورهم فى أواخر عهد عثمان عند بدء النزاع، فامتنع بعض الصحابة عن إبداء الرأى فى الخلافة أمثال : أبو بكرة وعبد الله بن عمر وعمران بن حصين، وقد صح عندهم أن الرسول ﷺ قال : ستكون فتن القاعد فيها خير من الماشى، والماشى خير من الساعى إليها، فإذا نزلت أو وقعت فمن كان له إبل فليلحق بإبله، ومن كان له غنم فليلحق بغنمه، ومن كانت له أرض فليلحق بأرضه، فقال رجل : يا رسول الله من لم تكن له إبل ولا غنم ولا أرض؟ قال : يعمد إلى سيفه فيدق على حده بحجر ثم لينج إن استطاع النجاة، ثم أصبح أساس البحث والاختلاف بين الجميع تعريف الكفر والإيمان : فترى المرجئة أن الإيمان هو المعرفة بالله ورسله، بينما يرى الخوارج أن الإيمان المعرفة بالله ورسله والإيمان بالفرائض والكف عن الكبائر، أما الشيعة فيرون أنه لابد أيضا فى الإيمان أن يؤمن بالإمام ويطيعه. راجع فجر الإسلام من ص ٣٤٢ إلى ٣٨٢ وكتب التوحيد.

المبحث الثالث

عصر تكوين المذاهب الفقهية والتدوين

بدء ونهاية هذا العصر : يبدأ هذا العصر من حيث ينتهى العصر السابق بوفاة آخر صحابى فى أواخر عهد الدولة الأموية، وكانت بداية طيبة ازدهر فيها الفقه الإسلامى، وأصبح علما قائما بذاته. وتفرغ له الفقهاء. وكانت الدولة قد بلغت مبلغا عظيما من اتساع الرقعة وقوة نفوذ السلطان، وكانت قوتها العسكرية لا تقل عن نهضتها العلمية فى الفقه وسائر المواد فامتد نفوذها العسكرى من الصين شرقا إلى الأندلس غربا، كما شمل نفوذها الفقهى ثقافات متباينة وحضارات مختلفة مما كوّن مجموعة من المعارف لا مثيل لها، وأصبح التشريع الفقهى مزدهرا للغاية، وتكونت منه ثروة طائلة خلفها ذلك العصر للأجيال المتعاقبة إذ أفرغ الفقهاء الكثير من جهودهم فى الاستنباط والجدل فى التدوين والتصنيف وتكونت المذاهب الفقهية،لكل إمام ومذهب مسلك للاستنباط، ولكل إمام مريدون، ومع هذا فقد كان الأئمة ينهونهم عن التعصب ويقولون: ليس من أحد إلا ويؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله.

وكان الفقهاء فى هذا العصر يقضون فيما جد بما فيه مصلحة الناس وما يتناسب مع البيئة لأنهم يستمدون أحكامهم من نصوص التشريع أو من عللها التى يبحثون عنها فى تلك النصوص، لأن فقههم هو القانون الحاكم المطبق.

وقد صحب هذا الازدهار الفقهى فى هذا العصر الحكم العباسى إذ قام على أساس من الدين فشجع الخلفاء العباسيون[1] الفقهاء وقربوهم إليهم وجعلوهم

---

(١) نسبة لبنى العباس أبناء عمومة الرسول، وقد لبثوا زمنا يتطلعون إلى السلطان والحكم، ولما لم تكن لهم عصبية قوية اندمجوا فى الحركة الشيعية فاستهووا الجموع، وقام أبو مسلم الخراسانى فى خراسان بالدعوة إلى إبراهيم الإمام وعند وفاته زعموا أنه أوصى بالخلافة إلى أخيه عبد الله ابن عباس المعروف بالسفاح، وهكذا استغل العباسيون حركة الشيعة فى طريقهم إلى الحكم. وهى فى الواقع لم تكن فى نظرهم سوى وسيلة. فلما استتب لهم الأمر طاردوا الشيعة وحاربوهم. راجع الجمعيات السرية والحركات الهدامة لمحمد عبد الله عنان ص ٣٠.

محل احترامهم وثقتهم ومرجعهم فى كل أمر، وكفلوا لهم حرية مطلقة فى الرأى العلمى ما دام بعيدا عن الخلافة ودستور الحكم. واستمر الحال على ذلك حتى منتصف القرن الرابع الهجرى حيث ضعف نفوذ الخليفة.

تكوين المذاهب وأثره فى ازدهار الفقه : كان من نتيجة الاتجاهات المختلفة فى التفكير الفقهى أن تكونت مدارس فقهية فى مختلف المدن الإسلامية، ووجدت عدة مذاهب منها ما كان للسياسة دخل فى تكوينه وتأثير فى منهجه : كمذهب الشيعة، والخوارج، ومنها ما كان وليد الدراسة والبحث العلمى الصرف: كالمذهب الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى وكمذهب الأوزاعى والبصرى والليث والظاهرى والطبرى وغيرها، وكان من نتيجة هذا أن استقل علم الفقه وتخصص له الفقهاء وبحثوا فى مصادره، وعملوا على إيجاد أحكام لكل ما يدور فى الدولة الإسلامية من أحداث. فاعتنوا بتفهم القرآن وتفسيره كما عنوا بتدوين السنة وتحقيقها والتعرف على العلوم الأخرى التى ترجمت إليهم كفلسفة اليونان ومنطق أرسطو، كما عنوا بدراسة الأديان[1] الأخرى وصنفوا علم أصول الفقه الذى قعد القواعد وأنار للفقهاء الطريق.

---

(١) كلمة دين عند العرب تشير إلى علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر ويخضع له، فإذا وصف بها الطرف الأول كانت خضوعا وانقيادا، وإذا وصف الطرف الثانى كانت أمرا وسلطانا وحكما وإلزاما، وإذا نظر بها إلى الرباط الجامع بين الطرفين كانت هى الدستور المنظم لتلك العلاقة.

واشتهر تعريف الدين الإسلامى عند الإسلاميين بأنه الإيمان بذات إلهية جديرة بالطاعة والعبادة. بينما يقول سيسرون فى كتابه عن القوانين : الدين هو الرباط الذى يصل الإنسان بالله، والفكرة الدينية الناضجة هى التى لا تجعل من الألوهية مبدأ تدبير فعال فحسب، بل مصدر حكم وتشريع فى الوقت نفسه.

وفى معجم لاروس للقرن العشرين «إن الغريزة الدينية مشتركة بين كل الأجناس البشرية حتى أشدها همجية وأقربها إلى الحياة الحيوانية، وإن الاهتمام بالمعنى الإلهى وبما فوق الطبيعة هو إحدى النزعات الخالدة للإنسان، وهذه الغريزة الدينية لا تختفى بل لا تضعف ولا تذبل إلا فى فترات الإسراف فى الحضارة وعند عدد قليل جدا من الأفراد»

ويقول محمد فريد وجدى فى دائرة معارفه : يستحيل أن تتلاشى فكرة التدين لأنها أرقى ميول النفس، بل ستلاحق الإنسان ما دام ذا عقل يعقل به الجمال والقبح، وستزداد فيه هذه الفطرة على نسبة علو مداركه ونمو معارفه ـ راجع كتاب الدين للشيخ الدكتور محمد عبد الله دراز.

وكانت هذه الفترة امتدادا طبيعيا للعصر الذى سبقه، ومسايرة مع اتساع الفتح وتقدم العمران والحضارة، فوق أنها تتفق مع تقدم الدولة ورقيها فى مختلف النواحى، ومع الخلفاء العباسيين أنفسهم الذين قامت دولتهم باسم الدين وللدين، وكان آخر المجتهدين اجتهادا مطلقا ـ الذين يستنبطون من الكتاب والسنة دون تقيد برأى إمام فقيه ـ أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى مات سنة ٣١٠[١] ـ حيث كان قد أفل نجم الدولة العباسية وانصرف الفقهاء تدريجيا عن الاجتهاد، واتجهوا ناحية التقليد.

أسباب ازدهار الفقه فى هذه الفترة:

(أ) اتساع الدولة وامتزاج الثقافات فيها : اتسعت رقعة الدولة فتبعها أقوام من أجناس تختلف فى عاداتها وأعرافها، فجرى بينهم التعامل، وزالت من بينهم الحواجز، وحدثت بينهم معاهدات واتصالات مما ينشأ معه عادة ظهور مسائل جديدة يحتاج الناس إلى معرفة حكم الله فيها.

(ب) تفرق الفقهاء في الأمصار : تفرق الفقهاء فى مختلف المدن[٢] التى تبعت الإسلام، فدخلوها إما مع القوة الفاتحة، أو وفدوا إليها للقضاء والإفتاء

---

(١) راجع ترجمته فى كتاب «جولات إسلامية» للشيخ محمود النواوى.

(٢) وأهم المدن التى هبط فيها الفقهاء واستوطنوها :

١ ـ المدينة : وقد استوطنها فى العصر الذى نتحدث عنه مالك، وربيعة الرأى.

٢ ـ مكة : واستوطنها سفيان بن عيينة.

٣ ـ البصرة : وكان بها الحسن البصرى.

٤ ـ الكوفة : وبها سفيان الثورى وأبو حنيفة.

٥ ـ بغداد : وكان بها أحمد بن حنبل والظاهرى وابن جرير الطبرى.

٦ ـ دمشق : وبها الإمام الأوزاعى.

٧ ـ القاهرة : وبها الشافعى والليث بن سعد، وبها أول مسجد إسلامى ينبعث منه نور العلم والعرفان وهو جامع عمرو فى ذلك الحين، وقد انتزع منه هذه المكانة بعد ذلك الجامع الأزهر.

والجباية[١] أو للتعرف على حديث. ومن جهة أخرى فإن بعض العلماء من أهل هذه البلاد الذين أسلموا وتفقهوا فى الدين، تنقلوا من جهة إلى أخرى للكسب العلمى، والتعرف على حديث الرسول ﷺ إذ كان لم يدون[٢] بعد.

فنتج عن ذلك أن تعرف كل فقيه على ما عند الآخر، ولمس نظما وأعرافا تختلف عن نظم وأعراف المنطقة التى هو بها[٣].

(جـ) **كثرة الفتاوى والوقائع**: حرص المسلمون على أحكام الشريعة الإسلامية فكثر استفتاؤهم مما دفعهم إلى استنباط أصول وقواعد تيسر لهم تخريج الأحكام، بل كانوا أكثر من هذا يفترضون ما لم يقع من المسائل ويستخدمون وسائل اجتهادهم في تعرف حكم الله لتلك المسائل المفترضة.

(د) **شيوع الجدل والمناظرة**: عمل كل فقيه جاهدا لتفهم ما وجد من الأحكام عند غيره، وتبين عللها كى يطبقها على ما عساه قد يحدث عنده، أو ليقارنه بالأحكام المماثلة لهذا الحادث، وكثيرا ما تختلف الفكرة ويتباين الرأى أو لا يسلم الدليل، وهنا يبدأ السجال والجدل بين الفقهاء[٤]، غير أن الجدل كان يصل إلى حد العنف إذا كانت المناظرة فى مسائل السياسة بسبب الإمارة والحكم.

---

(١) أى جمع الأموال للدولة من خراج وعشور وجزية ونحو ذلك.

(٢) ومن اهم هذه الرحلات العلمية البحتة رحلة ربيعة الرأى-مات سنة ١٣٦-من المدينة إلى العراق، ورحلة أبى يوسف، ومحمد بن الحسن الشيبانى من العراق إلى المدينة، ورحلة الشافعى من الشام إلى المدينة، ثم إلى العراق، ثم أخيرا إلى مصر، وغيرهم الكثير من المشتغلين بالفقه.

(٣) ففى العراق مثلا تعرض على الفقهاء معاملات وعادات متأثرة بالحضارة الفارسية، وفى الشام تجد أقضياتهم ومعاملاتهم فى طابعها الحضارة الرومانية، وفى مصر تجد الناس متأثرين بالعادات المصرية القديمة والعادات الرومانية.

(٤) وكان يتم هذا السجال بينهم بالمكاتبة والمراسلة إن تباعدت أقاليمهم وتناءت بلادهم أو بالمشافهة والمناظرة فى الدور والمساجد وحلقات الدرس إن سهل الاجتماع فى كل هذا.

(هـ) التدوين والترجمة : كان لتدوين السنة وتبويبها ومعرفة الصحيح من غيره، وكذا لتدوين الفقه وأصوله وتفسير القرآن الكريم وغير ذلك من مختلف العلوم أثر كبير فى ازدهار الفقه والنهوض به، فقد يسر ذلك الأمر أمام الفقهاء، وسهل عليهم التزود منه والإحاطة به، وبالإضافة إلى هذا فإن المسلمين قد توسعوا فى التعرف على الثقافات المختلفة بما ترجم من كتب عن الفلسفة والمنطق وما يتعلق بالأديان السابقة.

(و) أثر السياسة في ازدهار الفقه : كانت الدولة الأموية دولة تعنى بنواحى السياسة والحكم أكثر من عنايتها بالنواحى الأخرى، ومع هذا فقد نشط الفقه فى أيامها كما انتظمت تعاليم الخوارج، ونشأ الاعتزال، واعتنقه بعض الخلفاء الأمويين، ونظمت حلقات الدروس فى المساجد. وبحث العلماء مسائل القضاء والقدر[1] وغيرها، وبدأت نواة التدوين والتأليف[2].

ولما قامت الدولة العباسية ازدهر الفقه الإسلامى فى بدء تكوينها لأن الفقهاء وجدوا أن حريتهم فى المناقشة مطلقة، إذ كانت سياستهم أن يقربوا الفقهاء إليهم ويعتنوا بهم، فكانت للعلماء فى مجالسهم منازل لم تكن لسواهم[3] عندهم، وإن كان لهذا بعض الآثار السيئة فى هذا العهدفإنه لا شك قد أوجد نهضة علمية وعناية بالفقه لم يكن لها وجود من قبل.

(١) مسألة القضاء والقدر تتلخص فى أن الله سبحانه وتعالى هل قدر أفعال العباد فى الأزل قبل خلقهم. هذا ما يقول به أهل السنة، والمعتزلة ينفون ذلك.

(٢) ضحى الإسلام جـ ١ ص ٣.

(٣) فأبو جعفر المنصور قد آثرهم بعطاياه، والمهدى من بعده يشتد فى مناوأة الزنادقة وتتبعهم، والرشيد يخص أبا يوسف بصحبته وملازمته ويجعل له ولاية القضاء. بل لقد صب وهو الخليفة الماء على يدى أبى معاوية الضرير « أحد الفقهاء » وهذا المأمون يثير بين العلماء جدلا علميا ويشترك معهم فى البحث والمناظرة فقد أثار القول بأن القرآن مخلوق.

ولقد وصل تظاهر بعض الخلفاء بالتعلق بالفقه والفقهاء فى العصر العباسى أن أرسل هارون الرشيد ولديه الأمين والمأمون لينخرطا فى حلقة درس مالك بن أنس فى مدينة الرسول بعد أن امتنع مالك من أن ينتقل إلى بغداد مقر الخلافة والحكم، كما أن هارون طلب إلى القاضى أبى يوسف أحد فقهاء المذهب الحنفى أن يضع له نظما للضرائب والجباية تتبع فى الدولة. فيضع له كتاب «الخراج» ويستهله بقوله للخليفة : «إياك والأمر بالهوى والأخذ بالغضب، وكن من خشية الله على حذر».

(ز) **الموالي وأثرهم في ازدهار الفقه**(١) : تبع الفتح الإسلامى أن كثرت السبايا والإماء حسب النظم التى كانت فى هذه العصور، وحدث الامتزاج الجنسى بين المسلمين الأصليين وبين المسلمين المغلوبين من الأمم فنشأ جيل جديد من المسلمين يختلف فى خصائصه العقلية عن الجيل الذى سبقه، إذ أقام نظرته فى الحياة على أساس عقلى حتى فى العقائد، كان الموالى أصحاب عقلية تستطيع النفاذ إلى أعمق المسائل الفلسفية(٢)، ودخل فى البيت العربى عناصر فارسية ورومانية. ولذا فإنه فى الجيل الثانى لعهد الفتح نتج عدد كبير من من سلالة هذه الدماء المختلفة . وكان منهم من يعد من خيرة المسلمين وحملة لواء العلم. ومن ناحية أخرى فكثيرا ما أعتق العرب المسلمون من استرقوهم وأصبحوا موالى لهم(٣)، بل ومن الملاحظ أن الموالى العتقاء وأبناءهم وأبناء العرب من السبايا قد برعوا فى التفقه والقدرة على استنباط الأحكام(٤) مستعينين بما عندهم من الثقافة والنباهة والكتابة بمقتضى حضاراتهم التى كانوا فيها قبل أسرهم فى الفتوح الإسلامية(٥).

(١) الموالى فى الاصطلاح الفقهى يطلق بمعنيين : المعتق ويسمى مولى العتاقة، والحليف ويسمى مولى الموالاة، فمولى العتاقة هو رقيق أعتقه سيده فيصير المعتق منسوبا إلى معتقه بالولاء، ويسمى ولاء النعمة. أما مولى الموالاة فهو رجل ينتمى لآخر بالمخالطة أو بالخدمة أو بالمحالفة فينسب إليه أو ينتمى إلى قبيلة من القبائل فينسب إليها.

ويقصد بالمولى هنا كل من أسلم من غير العرب لأنهم إما أن يكونوا أسرى حرب استرقوا ثم أعتقوا فصاروا موالى، وإما أن يكونوا من أهل البلاد المفتوحة وأسلموا وتحالفوا مع العرب لكى يعتزوا بشوكتهم وقوتهم، وبذلك يصبحون موالى أيضا بالحلف والموالاة. راجع الموالى وأثرهم فى الفقه الإسلامى للأستاذ محمد الطيب النجار مطبوع سنة ١٩٤٩ .

(٢) راجع نشأة الفكر الفلسفى فى الإسلام للدكتور على سامى النشار، والموالى فى العصر الأموى للأستاذ الشيخ محمد الطيب النجار.

(٣) وفى تبيين الحقائق للزيلعى : «أن العجم موالى لأن بلادهم فتحت عنوة بأيدى العرب، وكان للعرب استرقاقهم فإذا تركوا أحرارا فكأنهم أعتقوا والموالى هم المعتقون». ويقول الله : ﴿فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم﴾ وكان يطلق على زيد بن الحارثة مولى رسول الله

(٤) فعلى بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانت أمهاتهم من الإماء اللاتى أصبحن أمهات أولاد، ومع هذا فقد فاقوا أهل المدينة فقها وورعا. راجع المعارف لابن قتيبة ص ٩٤، ٩٥، وراجع الكامل للمبرد.

(٥) مقدمة ابن خلدون ص ٤٨٠ .

ولقد كان الموالى ينعمون فى بدء الحكم الإسلامى بالمساواة الكاملة مع العرب، وفى هذا الجو المليء بالعدالة قتل عمر بن الخطاب بيد أعجمية، وكان القاتل أبا لؤلؤة مولى المغيرة بن شعبة، وظهرت من ورائه أصابع الأعاجم ملطخة بدماء عمر، فأيقظ هذا العصبية فى نفوس العرب.

وتبع هذا أن كان الحكم والقضاء فى العرب دون الموالى ونقص نصيبهم فى الوظائف[١] فحدا هذا بالموالى أن يعملوا على السيطرة على الحركة الفكرية ليعوضوا أنفسهم بالعلم عن الازدراء الذى نالهم من العرب، ولعل هذا كان سببا فى أن بعضا منهم قد أدخل إلى الإسلام مبادئ غريبة ترجع إلى دياناتهم القديمة مما أوهن قوة العرب وأوجد فى الإسلام ما ليس منه.

ولعل اشتغال العرب بالسياسة والحكم وعدم وجود ما يشغل الموالى عن التزود من العلم، مما جعل الكثرة من الموالى على قدر كبير من التفقه والعرفان. فحملة العلم فى العصر السابق وإن كان أغلبهم من الصحابة العرب إلا أنه فى هذا العصر كان أكثرهم من الموالى[٢].

---

(١) بل فرضت الجزية على من يدخل الإسلام منهم، رغم أن القواعد الإسلامية تمنع أخذ الجزية ممن أسلم.

وإن كان المعروف أن الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز عمل على تخليصهم مما كان يحيق بهم من الشر والضرر ورفع عنهم ما فرض عليهم وحارب العصبية مما جعلهم يشعرون بالمساواة والعدالة، إلا أن الخلفاء الأمويين من بعده لم ينظروا إلى الموالى نظرة عمر بن عبد العزيز.

(٢) ففى المدينة نافع مولى ابن عمر وكان أعلم فقهائها وهو الذى روى عنه أكثر أحاديثه وربيعة الرأى وهو شيخ الإمام مالك والحسن وسليمان بن يسار وأبوه مولى ميمونة زوج الرسول ﷺ وفى مكة عكرمة مولى ابن عباس وقد روى أكثر علمه، وعطاء ابن أبى رباح وفى الكوفة سعيد ابن جبيرمولى بنى والبة، وفى البصرة الحسن بن يسار مولى زيد بن ثابت ومحمد بن سيرين، والحسن البصرى، وفى الشام مكحول بن عبد الله وهو أستاذ الإمام الأوزاعى الذى كان له مذهب بالشام، وفى مصر يزيد بن حبيب، وكان هو القائم بالإفتاء، درس عليه الليث بن سعد، وغير هؤلاء كثيرون علاوة على من سبق ذكرهم ممن جاءوا من أب عربى وأم عجمية

ومع هذا فقد وجد من فطاحل العلماء فى هذا العصر من أمثال سعيد بن المسيب وعلقمة وشريح ومسروق والنخعى وغيرهم، راجع فى فقهاء الموالى إعلام الموقعين وغيره من كتب طبقات الفقهاء

الفقه الافتراضى فى هذا العصر : أخذ الفقهاء وخاصة فقهاء الرأى من أهل العراق ينظرون فيما يطرح أمامهم من فتيا ومسائل من جميع وجوهها بل يفترضون مسائل يستبعد حدوثها عقلا، فيقولون: أرايت لو كان كذا فما الحكم وماذا لو كان كذا؟.

وافتراض المسائل من الفقهاء ومن عامة الناس فى العراق كان سببا فى تضخم الفقه الإسلامى وكثرة أحكامه كما كان دافعا للفقهاء الآخرين لإبداء رأيهم فيما يفترض حسب أصول مذهبهم عند علمهم بها واطلاعهم عليها. مع أنهم يبغضون افتراض المسائل لأنهم لا يحبون الاتجاه إلى القياس والرأى إلا عند الضرورة وانعدام النص كما سنبينه بعد، ولذا فإنهم أطلقوا على فقهاء العراق «الأرايتيين»[(١)].

مصادر التشريع فى هذا العصر : ومصادر الفقه فى هذا العهد وإن كانت الكتاب والسنة والإجماع والقياس، إلا أن هذه المصادر نفسها طرأ عليها فى هذا العصر ما طرأ بسبب التدوين والتصنيف : فأصبح القرآن مجموعا متداولا بين الناس، وكذا السنة فإنها قد دونت وبوبت، وإن كانت المذاهب الفقهية قد تمت بحوثها، ووضعت قواعدها، وأصلت أصولها قبل أن يتم تمحيص مجموعة السنة[(٢)].

كما أن الفقهاء كانوا إذا لم يجدوا فى المسألة المعروضة نصا ولا إجماعا ذهبوا بعد ذلك مذاهب مختلفة فى تقديم خبر الواحد[(٣)] فى السنة على القياس أو العكس.

---

(١)ويروى عن الشعبى ـ وهو من فقهاء العراق ـ أنه قال : «ما كلمة أبغض إلى من أرايت» كما أن أسد بن الفرات قدم على مالك فكان أصحابه يطلبون من أسد بن الفرات أن يسأل إمامهم عن المسألة، فإذا أجاب يقولون قل له فإن كان كذا فما الحكم؟ وهكذا حتى ضاق عليه يوما فقال له : «هذه سليسلة بنت سليسلة إن أردت هذا فعليك بالعراق» الموافقات للشاطبى جـ ٤ / ٢٨٦.

(٢) أحمد إبراهيم فى الالتزامات فى الشرع الإسلامى سنة ٤٤ / ٤٥ ص ٦.

(٣) وهو ما انفرد بروايته عن الرسول واحد أو جمع لا يؤمن تواطؤه على الكذب ولم يكن مشهورا.

كما أنهم استنتجوا من القرآن مصادر أخرى يستند إليها الفقيه عند استنباط الأحكام التي لم ينص عليها أو التي لم يكن النص قاطعا فيها ونظموها في علم أصول الفقه كالاستحسان والمصالح، والعرف، والاستصحاب، وقول الصحابي، وشرع من قبلنا، وسد الذرائع، وهذه كلها وإن كانت مفهومة لمن سبقهم إلا أنها لم تكن ظاهرة واضحة مميزة، ولم تكن لها هذه الأسماء.

على أن فقهاء هذا العصر الذي نتكلم عنه كانوا في الأخذ بذلك أو بعضه درجات، وكان هذا كله من غير شك مما وسع الدائرة الفقهية ونماها.

الفرق بين فقهاء هذا العهد وسابقه : بينًّا أن الاختلاف في مسائل الفقه كان محدودا أيام الصحابة لأنهم كانوا يقصرون الفتوى على المسائل الواقعية، وكانوا أكثر من غيرهم معرفة بالقرآن والسنة وفهما لمعانيهما ودراية بأسباب النزول وإن كان من بين أسباب اختلافهم تفاوتهم في استعمال الرأي[١].

وفتاوى الصحابة الجماعية والفردية التي استعملوا فيها الرأي منها ما تنطبق على القياس، ومنها ما تنطبق على الاستحسان والاستصلاح، وإن كانت هذه الأسماء لم تعرف لهم، فإن الرأي كان يشملها جميعا.

غير أنه في هذا العصر كان الفقهاء مزيجا من أجناس مختلفة، فإذا كان الصحابة مضوا وهم لا يكادون يختلفون في فهم القرآن والسنة، فإن فقهاء هذا العصر أكثر اختلافا لأنهم لم يتعرفوا روح التشريع بطبيعتهم، ولم يعاصروا الوحي وأسباب نزول آياته ولم يعاشروا الرسول فيسمعوا منه حديثا ويأخذوا عنه سنة، بل تلقوها وقد شاعت بينها الأحاديث الموضوعة فاختلفوا في فهم القرآن والتعرف على السنة الصحيحة ومدى الأخذ بها والاستنباط منها كما اختلفوا في قول

---

(١) وقد كان الرأي عندهم شاملا لكل ما فيه اجتهاد، فهو ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة الصواب، وقد سبق بيانه.

الصحابى فيما اجتهد فيه منفردا هل رأيه يعتبر حجة ملزمة. وما مدى الأخذ بالرأى وما يتفرع عليه من قياس واستحسان واستصلاح؟ وهل يعتمد على شىء من ذلك دون الآخر، ثم ما حد الإجماع، وهل يمكن تحققه بعد الصحابة.

ومع هذا فإن ازدهار الحركة العلمية، واتساع هوة البحث والجدل واختلافهم الواسع فى طرق الاستنباط كان سببا فى وضع قواعد علم أصول الفقه.

تدوين المذاهب والنهى عن التقليد والتعصب :

تكونت المذاهب الفقهية من إمام مجتهد، وأتباع ينهجون نهجه، ولم يكن هذا فى بادئ الأمر يستوجب خصومة أو يستلزم تعصبا، بل كان كل إمام ينصح تابعيه بأن رأيه وفقهه غير ملزم ولا يجب اتباعه(١).

(١) راجع للشوكانى القول المفيد فى أدلة الاجتهاد والتقليد ص ١٥ وما بعدها.

وهذا أبو حنيفة يقول : «علمنا هذا رأى وهو أحسن ما قدرنا عليه فمن جاءنا بأحسن منه فهو أولى بالصواب» ويقول عندما يسأله أحد تلاميذه: أهذا الذى تفتى به هو الحق الذى لا شك فيه؟ : «والله لا أدرى فقد يكون الباطل الذى لا شك فيه»، ويروى لنا ابن القيم أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : «لا يحل لأحد أن يقول بقولنا حتى يعلم من أين قلنا».

وكان مالك رضى الله عنه يقول إذا استنبط حكما : «فانظروا فيه فإنه دين، وما من أحد إلا ومأخوذ من كلامه ومردود عليه إلا صاحب هذه الروضة» أى الرسول، وروى عن معن بن عيسى أنه سمع الإمام مالكا يقول : «إنما أنا بشر أخطىء وأصيب فانظروا فى رأيى، كل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به وما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه».

وهذا الشافعى يقول لصاحبه الربيع : «يا أبا إسحق لا تقلدنى فى كل ما أقول وانظر فى ذلك لنفسك فإنه دين» وجاء فى مقدمة الرسالة للشافعى: وكفانى فخرا أن أنشر بين الناس علم الشافعى مع إعلامهم نهيه عن تقليده وتقليد غيره. ويروى أنه قال : «ما صح عن النبى أولى بالاتباع، ولا تقلدونى، وإذا صح خبر يخالف مذهبى فاتبعوه واعلموا أنه مذهبى».

ويقول الإمام أحمد بن حنبل لأتباعه : «انظروا فى أمر دينكم فإن التقليد لغير المعصوم مذموم وفيه عمى للبصيرة» ويقول : «لا تقلدنى ولا مالكا ولا الشافعى ولا الثورى وخذ من حيث أخذوا».

وقد كان لهذا النصح أثره فى صفوف التلاميذ الأول الذين ساعدوا باجتهادهم فى تكوين المذاهب وعملوا على تكميلها، وتعليل الأحكام المنقولة عنهم، واستخلاص القواعد، وإن كان اجتهاد الأئمة ومن عاصرهم اجتهادا مطلقا يرجع الفقيه فى استنباط الأحكام إلى كتاب الله وسنة رسوله مع ملاحظة ما يكون قد أجمع عليه الصحابة دون التزام برأى خاص.

وكان آخر هؤلاء داود الظاهرى البغدادى، ومحمد بن جرير الطبرى، وهما وإن عاصرا الطبقة الثانية من أصحاب الأئمة وتتلمذا على المذهب الشافعى إلا أن كلا منهما قد رجع فى اجتهاده إلى كتاب الله وسنة الرسول دون أن يقيد نفسه برأى خاص أو مسلك معين.

إلا أنه مع ذلك قام فى كل مذهب فريق يجتهدون فى المذهب نفسه مستنبطين أحكام ما جد على قواعد الإمام، وكثيرا ما كانوا يخالفون باجتهادهم ما ذهب إليه إمامهم فى أحكام الفروع والجزئيات دون الأصول والقواعد.

وإن كان من هؤلاء مَنْ تمذهب بمذهب معين وعمل على نشره وتخريج أحكامه والتفريع على قواعده، ومناظرة الغير ومحاجته لنصرة مذهبه، إلا أن منهم من كان اجتهاده فى المذهب نفسه كما أشرنا.

على أن النوع الأول انقرض من المذهب الحنفى، وندر فى مذهب مالك فى طليعة القرن الرابع، وبقى إلى ما بعد ذلك بفترة طالت أو قصرت فى مذهب الشافعى. وعلى وجه العموم فقد تكونت المذاهب وتبعها الناس فى أماكن مختلفة قلة وكثرة حسب قوة الدعاية ونصرة الأتباع، وعلاقة الحكام بالمذاهب، ومن هنا بدأ التعصب المذموم.

المبحث الرابع

فترة التقليد والجمود

انحلال الدولة وأثره في الفقه :

لقد كان لازدهار الفقه وتحرر الفقهاء فى الفترة السابقة رد فعل إذ بدأ فى منتصف القرن الرابع الهجرى يدب الضعف فى جسم الدولة الإسلامية، وأخذت عوامل التفرقة والانهيار تسرى فى كيان الدولة، فتفككت وأصبحت دولا متفرقة داخل دولة هرمت وهزلت(١)، والخلفاء وقعوا تحت سيطرة الأتراك حينا، وتحت سيطرة الديلم من بنى بويه حينا آخر، وأتت بعد ذلك غارة التتار فقضت على البقية الباقية.

وتبع هذا الانحلال السياسى أن مات فى نفوس الفقهاء تدريجيا الاستقلال الفكرى وركنوا إلى التقليد وبعدوا عن الاجتهاد شيئا فشيئا حتى قفل باب الاجتهاد وأصبح الفقيه يلتزم مذهبا معينا، بل أفتوا بمنع انتقال المقلد من مذهب إلى مذهب.

ولم لا؟ وقد ترك السلف من الفقهاء ثروة فقهية طائلة، وافترضوا الكثير من المسائل والصور، واستنبطوا أحكامها، وقد دونت جميعها ورتبت وأصبحت سهلة المنال ميسرة السبل. فلم إذًا الاجتهاد والإجهاد ما دامت الحياة فى عهدهم أصبحت ركودا بعد حركة، واضطرابا بعد استقرار، وما دامت هذه الاضطرابات القوية العنيفة أطاحت بالنشاط العلمى تبعا للنشاط السياسى ورجعت بهم القهقرى، فبعد أن كانوا قد وصلوا بفقههم ذروة المجد أبدلتهم من قوتهم ضعفا ومن نشاطهم فتورا، ومن شبابهم شيخوخة، أماتت فيهم روح الاستقلال الفكرى وحرية الرأى.

(١) فالأمويون بالأندلس والفاطميون بشمال إفريقيا والإخشيديون بمصر، ولم يكن حظ العراق نفسها التى فيها بغداد عاصمة العباسيين بأقل من باقى رقعة الدولة الإسلامية فى الانقسام والتجزؤ فوجد بها دولة السلاجقة.

التقليد والتعصب وأثر ذلك :

تأثر الفقهاء بما أصاب الدولة فى جميع شئونها، وتركوا إعمال الفكر والاجتهاد، وركنوا إلى تقليد الأئمة حتى فى القضاء، فإنه بعد أن كان الخليفة يختار قضاته من المجتهدين أصبح القضاة يولون من أتباع مذهب معين بحيث يتقيد القاضى فى قضائه بأحكام هذا المذهب ويكون معزولا عن كل قضاء يخالفه(١).

على أن فقهاء هذا العصر حصروا أبحاثهم فى دائرة ضيقة محدودة كل فى حدود مذهب فقيه سابق لا يحيد عنه، وأصبح فى نظرهم أن الآراء التى فى المذاهب الأخرى خاطئة، وأن كل ما قاله الإمام الذى يقلده صحيح لا يحتمل الشك، وقد وصل هذا التعصب المذهبى إلى أن يقول الكرخى(٢) الفقيه الحنفى: «كل آية أو حديث يخالف ما عليه أصحابنا فهو مؤول أو منسوخ». فأصبحت عبارة أئمتهم مصدرا يتخذون منه أحكامهم، بل وصلوا فى التحيز للأئمة السابقين إلى درجة التشاحن فى جدلهم، وأخذت العصبية تتزايد إلى أن بلغت التقاتل(٣) وامتد هذا العصر حتى أواخر القرن الهجرى الثالث عشر وبذا يكون للأسف أطول عصر مر به الفقه.

وشخصية فقهاء هذا العصر وإن كانت قد ذابت فى شخصية أئمتهم وأصبح همُّ الفقيه وغايته أن يطبق على قاعدة إمامه ويقيد بحثه العلمى بفكرته، إلا أن هذا العصر لم يحرم من فقهاء لا يقلون شأنا عن سابقيهم فى عمق الفكرة وحسن

(١) وهذا التقيد وإن كان من الناحية التنظيمية عملا جميلا لأنه يجعل المتقاضين على بصيرة من الأمر فى موضوع خصوماتهم، ويبين لهم ما تخضع له معاملاتهم إلا أن الأفضل والأرعى لمصالح الناس أن يوضع قانون إسلامى يلتزم به القاضى، على أن تجمع لجنة تشريعية من الفقهاء المتخصصين من مختلف المذاهب مواد هذا القانون من الفقه الإسلامى على مختلف مذاهبه وما فيه من آراء. وهذا ما قصده ابن المقفع حين كتب إلى المنصور كتابه المشهور فى هذا الشأن ولعله مما يؤيد هذه الفكرة ويعتبر سندا لها ما روى من أن على بن أبى طالب سأل الرسول عن الأمر ينزل بهم ولم ينزل فيه قرآن ولا سنة. فقال عليه السلام : «اجمعوا العالمين من المؤمنين، فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد».

(٢) أبو الحسين الكرخى توفى سنة ٣٤٩ هـ وكانت له رياسة الفقه الحنفى بالعراق.

(٣) ابن الأثير جـ ٨ ص١٠٦.

الاستنباط[١] والقدرة على الاجتهاد، ولكنهم مع هذا كان ينقصهم الجرأة والشجاعة فى إعلان الرأى وتقبل النقد.

ومع هذا فقد كان لفقهاء هذا العصر من الأعمال الجليلة ما أفاد الفقه والمشتغلين به، فقد جمعوا الآثار ورجحوا بين الروايات، واستنبطوا علل الأحكام واستخرجوا من شتى المسائل أصول أئمتهم، كما أفتوا فى مسائل كثيرة لم يكن لأئمتهم فيها نص، كما شاع بينهم الجدل والمناظرة[٢].

مراحل هذا التقليد والجمود: قلنا إن ترك الاجتهاد كان تدريجيا فكان الفقهاء ما بين منتصف القرن الرابع الهجرى إلى منتصف القرن السابع - حيث سقطت بغداد فى أيدى التتر، وقتل المعتصم وهو آخر الخلفاء العباسيين - يتجهون إلى التقليد لأن أئمتهم قد تركوا لهم ثروة فقهية زاخرة، كما أن الدولة كانت تعين فى القضاء والإفتاء وبعض المناصب من أتباع المذهب الحنفى فى الشرق ومن أتباع المذهب المالكى فى الأندلس وبلاد المغرب، بل نادوا بترك الاجتهاد ومنعه، وانفقوا على ذلك، لما وجدوه من فوضى الإفتاء حيث فقدت الدولة سيطرتها على جميع شئونها ومنها الوظائف الدينية فتعرض للإفتاء من ليس أهلا له. وبهذا بدأ الفقه الإسلامى ينفصل عن الحياة العملية ويسير فى اتجاه نظرى بعيد عن الحياة.

وباب الاجتهاد وإن كان قد أغلق فى هذا العهد، وركن الفقهاء إلى التقليد إلا أنهم تدرجوا فى ذلك فقد كان لكثير من فقهاء المذاهب فى هذه الفترة أبحاث فقهية نفيسة قائمة على أصول مذاهبهم، وقد يخالفون فى تخريجها ما وصل إليه إمامهم نفسه مما سمى اجتهادا مقيدا أو اجتهادا مذهبيا، كما أن فقهاء هذا العصر عنوا بتعليل الأحكام المنقولة عن أئمتهم وفرعوا عليها واستخلصوا قواعدهم،

(١) يدل على أن روح الاجتهاد لم تمت دفعة واحدة: ان دخل بعض اهل العلم على بعض الخلفاء العباسيين وعنده مغن، فقال: إن مالكا رحمه الله يمنع سماع الغناء، فقال المغنى: ما تعبدنا الله بقول مالك، ولا اوجب علينا تقليده، وهات دليلا من الكتاب والسنة فالله يقول: ﴿واتبعوا احسن ما أنزل إليكم من ربكم﴾.

(٢) راجع عصر المأمون للدكتور الرفاعى.

وقاموا بالتخريج لتفصيل قول مجمل أو بيان حكم مبهم فيزيلون ما فيه من خفاء أو إبهام، ورجحوا بين ما روى عن الإمام فى المسألة الواحدة من أحكام مختلفة، وعلى وجه الإجمال فإن هذه الفترة كانت فترة تنظيم وترتيب للفقه المذهبى فقد جمعت شتاتها وعللت مسائلها وخرجت المسائل التى وجدت عندهم على أصولها، وتفرغ بعض الفقهاء للترجيح بين الآراء والأقوال المختلف فيها فى مسألة واحدة فى المذهب، كما أنها فترة شغل الفقهاء فيها بالدعاية إلى المذاهب التى ينتمون إليها حتى ألفوا الكتب فى مناقب أئمتهم وأصدروا الفتاوى بمنع انتقال المقلد من مذهب إلى مذهب.

ثم جاءت المرحلة الثانية، وهى تبدأ من وقت سقوط بغداد فى يد المغول سنة ٦٥٦ هـ واستمرت حتى أواخر القرن الهجرى الماضى، وكان الفقهاء فى هذه المرحلة يسمون بالمتأخرين، وانتقلت مراكز العلم فى ذلك العصر من بغداد وبخارى ونيسابور إلى كثير من مدن مصر والشام والهند وآسيا الصغرى وإفريقيا، تبعا لاضطهاد المغول الفاتحين ـ وكانوا مجوسا لم يدخلوا الإسلام بعد[1] ـ لرجال الدين خاصة مما جعلهم ينزحون إلى هذه الأقطار.

وكان اجتهاد المجتهدين منهم ينحصر فى العمل على التمييز بين الضعيف والقوى وظاهر الرواية، واهتموا بتصنيف المختصرات حتى صارت ألغازا فعكفوا على شرحها ثم على شرح الشرح. ولذا نجد فى هذه الفترة المتون[2] والشروح والحواشى، كما وجد فى هذا العصر نوع آخر من التصنيف وهو جمع الفتاوى وبيان سند أحكامها وتبويبها كالفتاوى الهندية، والخيرية، والمهدية، وغيرها مما أفاد الفقه المذهبى خاصة، ووضع تحت أيدينا مكتبة فقهية زاخرة بمختلف الكتب نعتز بها حتى وقتنا الحاضر.

---

(١) إلا أنهم أسلموا بفضل فقهاء الأحناف ونتج عن إسلامهم أن عنوا بالفقه وكتبه.

(٢) الأصل فى المتون هو جمع المسائل الأولية البسيطة وصياغتها بعبارة سهلة، ولكنها انقلبت إلى طريقة تعقيد وألغاز مما جعل المتون فى حاجة إلى من يشرحها ثم الشروح بدورها فى حاجة إلى من يضع لها الحواشى

ومع هذا فقد تأثر الفقه بهذا الجمود وأصبح بعيدا عن واقع الحياة فى أغلب ما استحدث بين الناس من معاملات واتصالات، كما تأثر الناس أنفسهم فأصبحوا يضيقون مما هم فيه من حيرة بين رغبتهم فى الدين وضرورة مسايرتهم للحياة. وكل هذا أحدث بلبلة فى الفكر وأوجد مجالا للتلاعب وتسخير القواعد والنظم الشرعية لأهوائهم مما نبه ولى الأمر إلى استعمال حقه الشرعى فى الحد من شمول بعض الأحكام وتطبيقها، وأمر القاضى باتباع رأى معين فى المذهب فى مسألة فيحكم بمقتضاه ولو كان ضعيفا ما دام يساير مصالح الناس، ومن هذا صدور الأمر بمنع سماع الدعوى بعد الزمن المعين وعدم نفاذ وقف المدين فيما يتوقف عليه تسديد الدين.

وقد كان هذا بداية اتجاه إلى تقنين أحكام الفقه الإسلامى فى مواد على نمط القوانين، فتذكر المادة الحكم مجردا عن ذكر الخلافات أو التعليل.

هذا وينبغى أن ننصف هذه القرون التى وصفنا الفقه فيها بالجمود والتقليد الصرف، ونقول بأنها لم تخل من فقهاء متحررين حاربوا التقليد وحملوا عليه ونادوا بالرجوع إلى الكتاب والسنة، وهؤلاء الأشخاص وإن حوربوا وكانوا مثار نقد فقهاء عصرهم فإنهم أبلوا وأثمروا وأصبح أثرهم أبرز ما فى هذه العصور وأفضلها، فهذا ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨، ومن آثاره الفقهية فتاويه التى جمعت وطبعت وعرفت بفتاوى ابن تيمية، وهى فى الواقع تمثل الناحية التطبيقية العملية من الفقه لأنها إجابة عن حوادث وقعت فى عصرهم، ومشاكل جدت عليهم، وهذا ابن القيم المتوفى سنة ٧٥١ صاحب إعلام الموقعين والطرق الحكمية فى السياسة الشرعية وهما من أكمل الكتب وأعمقها.

طبقات الفقهاء : طبقات الفقهاء تختلف تبعا لاختلاف المذاهب واعتبرها فقهاء الأحناف سبع طبقات[١] :

(١) المجتهدون اجتهادا مطلقا : وهم الأئمة ومن اتبع طريقهم فى استنباط الأحكام من مصادرها الأصلية: كتاب الله وسنة رسوله.

(١) راجع ابن عابدين على الدر المختار ١ ص ٥٧.

(٢) المجتهدون فى المذهب : كأصحاب الأئمة فهم قد يخالفون الأئمة فى شىء من أحكام الفروع التى يستنبطونها لكن لا يخرجون عن أصولهم.

(٣) المجتهدون الذين انحصر اجتهادهم فى استنباط المسائل التى وجدت ولم يرد فيها رأى لإمامهم، أما المسائل التى ورد فيها رأى لإمامهم فلا يناقشونها، وهؤلاء كالخصاف والطحاوى، والكرخى، والسرخسى من فقهاء الأحناف.

(٤) ثم ضاقت بعد ذلك دائرة التفكير، وانحصرت فى الاجتهاد فى استخراج علل الأحكام التى جاءت فى المذاهب فيزول ما فيها من خفاء وغموض، فيقومون بتفصيل قول مجمل، أو بيان حكم مبهم، ويسمون بأصحاب التخريج كالجصاص «الرازى».

(٥) ثم انحصر اجتهادهم بعهد ذلك فى ترجيح إحدى روايتين فى المذهب على الأخرى لأنها أصح رواية أو لأنها أرفق بالناس كالقدورى والميرغينانى من فقهاء الأحناف.

(٦) ثم أصبح عمل الفقيه واجتهاده ينحصر فى التمييز بين الضعيف والقوى وما هو ظاهر الرواية، وهؤلاء كأصحاب المتون المعتبرة من الفقهاء المتأخرين، الذين كانوا فى المرحلة الثانية من عصر التقليد.

(٧) الفقهاء المقلدون تقليدا تاما دون ترجيح أو تمييز الضعيف من غيره كسائر المصنفات التى جاءت فى أواخر عصر التقليد.

أسباب جمود الفقهاء فى هذا العصر :

١ - انصراف فقهاء هذا العصر إلى الانتصار للأئمة والتعصب لهم ومهاجمة الآخرين الذين يخالفونهم.

(٢) تهيب العلماء نقد زملائهم، فكان إذا طرق أحدهم باب الاجتهاد انقض عليه وهاجمه فريق من هؤلاء بدافع من الحمية الدينية أو الغيرة والحقد.

(٣) انحلال الدولة أو فقدها أن يكون لها من النظم ما يتعين به المختص بالفتوى، فتصدى للإفتاء من صلح له ومن لم يصلح، فتعارضت الأحكام حتى كان القضاء يختلف فى الحادثة الواحدة فى البلد الواحد، وكله باسم الدين مما بلبل الأفكار وأزعج العلماء، فرأوا منعا لهذا الفساد سد باب الاجتهاد وألزموا كل من يتصدى للفتوى بالتقيد بأحكام الأئمة السابقين.

(٤) الدعاية التى قام بها تلاميذ الأئمة السابقين لنشر مذهب أئمتهم والاستعانة فى ذلك بالحكام فى بعض الأحيان، فكثيرا ما أنشئت المدارس وقصر التعليم فيها على مذهب معين، وخصصت للعلم المكافآت، مما أدى إلى التسابق عليها، والانصراف عن غيرها، والتفانى فى إعلاء شأنها والحط من غيرها.

المبحث الخامس

النهوض بالفقه ومحاولة تقنين أحكامه

لم يكن الخروج عن التقليد والجمود طفرة، وإنما كان تدريجيا شأنه فى ذلك شأن التقليد نفسه، فقد جاء تدريجيا بعد الازدهار السابق. وهذه النهضة وإن ظهرت محاولات فى القرون السابقة تهدف إليها إلا أنها كانت محدودة وتظهر فى دوائر ضيقة، حتى بدأت نهضة شاملة فى الوطن الإسلامى والوطن العربى بعد أن استيقظ الوعى القومى وأدرك المسلمون والعرب ما وصل إليه حالهم، فكانت حركات انبعاثية فى الدول الإسلامية أساسها النهوض بالدين وخاصة فى المناطق الصحراوية، ففى الحجاز كانت الحركة الوهابية[١] فى قلب نجد تنادى بمحاربة الموبقات والبدع وتطهيرالإسلام مما أدخل عليه، والرجوع إلى الكتاب والسنة وما كان عليه السلف الصالح، وكذلك ظهر فى ليبيا محمد بن إدريس السنوسى الذى طاف فى مطلع القرن الهجرى الماضى شمال إفريقيا داعيا الناس إلى تطهير الدين مما علق به، ومما أدخله الأعداء عليه، ويناشدهم الرجوع إلى كتاب الله وسنة رسوله وما كان عليه السلف الصالح، وفى السودان قامت بعد ذلك حركة إصلاح أساسها الدين قام بها المهدى، وكانت أيضا تهدف إلى العودة بالإسلام إلى بساطته وسماحته، والرجوع فى استنباط الأحكام إلى الكتاب والسنة، وفى مصر نجد السيد جمال الدين الأفغانى[٢]، وقد وفد إليها واتصل به الكثير من ساستها وعلمائها المتشوقين إلى التحرر، وكان من أبرزهم الإمام محمد عبده (١٨٤٩ / ١٩٠٦) فعملوا على الدعوة لمذهب السلف الصالح والرجوع إلى المصادر الأصلية فى الاستنباط، كما عملوا على محاربة الجمود والتقليد، وقد كتب محمد عبده فى

(١) قام بها محمد بن عبد الوهاب التميمى النجدي المتوفى سنة ١٢٠٦.

(٢) محمد جمال الدين بن السيد صفر ولد سنة ١٨٣٨ بأسعد اباد ومات بالآستانة فى ١٨٩٦/٣/٩ راجع للمؤلف جمال الدين الأفغانى باعث النهضة الفكرية فى الشرق طبع سنة ١٩٣٧ بمصر.

مجلتهم العروة الوثقى يقول : «إن المقلدين من كل أمة المتحلين أطوار غيرها يكونون فيها منافذ وكوى لتطرق الأعداء إليها، وتكون مداركهم مهابط الدسائس»، ومن هذا ما جاء في المنار للسيد رشيد رضا : «لن يستطيع شعب إسلامي أن يتحمل أثقال تقليد المقلدين لمذهب واحد».

وهكذا فقد حملت هذه المدرسة حملة قوية على التقليد والجمود ودعت إلى التحرر، وعملت على التقريب بين مختلف المذاهب الإسلامية، واستمداد الأحكام المسايرة لمصالح الناس من مجموعها.

وهكذا في سائر البلاد الإسلامية وجد في هذا العصر علماء متحررون رغبوا في أن يساير الفقه الإسلامي طبيعته وخصائصه فيخضع كل ما جد في الحياة من شئون وحوادث لأحكامه حتى تكون تحت يد رجال التشريع في كل أمة إسلامية.

وعلى هذا فإنا نستطيع أن نقول أن نهضة الفقه الإسلامي في هذا العصر تجلت في أمرين : الأول الدراسة والتأليف، والثاني محاولة تقنين أحكامه دون التقيد بمذهب معين، وستتكلم عن هذين الأمرين بشيء من التفصيل.

الأول : دراسة الفقه في هذا العصر والكتابة فيه :

(١) **دراسة الفقه في هذا العصر** : من أهم مظاهر النهوض بالفقه الإسلامي في عصرنا الحاضر العناية بدراسته، وإن كان الأزهر ـ وهو الجامعة التليدة الخالدة التي سهرت على حمل راية العلوم الشرعية والعناية بها ما يزيد عن الألف سنة ـ قد بلغت به الشيخوخة ما أكل بمنكبه، فخارت قواه وضعف جسده إلا أنه في الحق قد بدأ أخيرا يحس بالحياة وينهض من سُباته فاستعاد قواه أو كاد يستعيدها، وغيَّر مناهجه، ونظمت الدراسة فيه إلى ما فيه خير، وما يبشر بمستقبل زاهر إن شاء الله. وها هي البعثات من الأزهر إلى سائر البلاد والأوطان تذهب وتجيء فتفيد وتستفيد، ونحن نرجو له الفلاح والكمال، ونطمع أن يعمل القائمون على أمره على إصلاح ما بقي في حاجة إلا إصلاح من العناية بالطالب في درسه

والمسايرة بالمنهج مع مقتضيات الحياة، ،والعناية بدراسة اللغات عناية تمكن أبناءه من نشر فقههم ومبادئ دينهم، وتخول لهم القدرة على الاطلاع على ما ينشر عن الفقه الإسلامي بغير اللغة العربية، وقد يحقق تطوير الأزهر أخيرا إلى جامعة شيئا من ذلك الإخلاص وحسن النية.

والحق أن دراسة الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي بالمعنى الأدق بكليات الحقوق بالجامعات المصرية، أفاد الفقه الإسلامي فائدة عظيمة إذ امتزج القائمون على دراسته بحكم اتصالهم وزمالتهم بالقائمين على دراسة القانون، وقرأ كل منهما للآخر، فنتج عن ذلك فقه مقارن، وسع المدارك وعمق الفكرة، ولا أنكر أنه دفع أساتذتنا الأوائل أن يكتبوا عن النظريات العامة فى الفقه، ويجمعوها من مختلف الأبواب والمسائل، كما دفعنا نحن من بعدهم أن نسير فى نفس الطريق بخطى واسعة.

ومن جهة أخرى فإن إيجاد دراسات عليا للشريعة فى كليات الحقوق كان أجل عمل خدمت به الجامعة الفقه الإسلامي وأفضله، إذ فيها يصقل الطالب، ويمكن أن يتكون له ذوق فقهي، ويستطيع أن ينظر إلى البحث والاستقصاء، وها هى ذى الرسائل العديدة التى قدمت فى كلية حقوق القاهرة فى مواضع مختلفة فى الشريعة تنطق بعظم فائدة هذه الدراسة.

الفقه المقارن والاتجاه إلى دراسته : نقصد بالفقه المقارن هنا العلم بالأحكام الشرعية من حيث معرفة مختلف الآراء فى المسألة الواحدة ودليل كل رأى، والقواعد التى ترتكز عليها هذه الآراء، مع موازنة كل ذلك، واختيار أقربها للحق ومقابلته بالقوانين المعمول بها فى بلادنا والبلاد المتحضرة.

وإن كان الفقهاء قديما قد عرفوا شيئا من ذلك فى كتبهم التى عرضت لآراء الأئمة المجتهدين وأدلتهم والموازنة بينها إلا أن ذلك وخصوصا بعد القرن الرابع الهجرى كان لمجرد انتصار كل فقيه لرأى إمامه، ومحاولة تحطيم أدلة الأئمة

الآخرين، فلم يكن هناك ترجيح رأى على آخر لرجحان الدليل نفسه، وإن حدث شيء من ذلك في إحدى الفترات على ما قدمنا فإنما كان في آراء المذهب الواحد، كما أنه لم تكن هناك موازنة لاختيار أقرب الآراء للحق ومسايرة لمصالح الناس، لأنهم قد أفتوا بأنه لابد من التقليد وأنه لا يجوز تقليد غير المذاهب الأربعة التي عرفت واطمأن إليها أهل السنة، بل أفتوا بأن من قلد مذهبا منها ليس له أن ينتقل إلى مذهب آخر أو يقلده في بعض المسائل إلا بشروط، وإن المتأخرين من الفقهاء ليس لهم أن يبحثوا أو يرجحوا فيما بحثه المتقدمون أو رجحوه، حتى ذهبوا إلى أبعد من ذلك، فقد جاء في كتاب الدر المختار في الفقه الحنفي «من ارتحل عن المذهب الحنفي إلى المذهب الشافعي يعزر»[1].

وهذا الفقيه عز الدين بن عبد السلام يصور لنا ما قلناه فيقول : «إن الفقهاء المقلدين يقف أحدهم على ضعف مأخذ إمامه بحيث لا يجد لضعفه مدفعا وهو مع ذلك يقلده فيه ويترك من شهد الكتاب والسنة له، ويتأولهما بالتأويلات البعيدة الباطلة نضالا عن مقلده»[2].

وعلى هذا فيمكن القول بأن المقارنة الفقهية قد عرفت عند الفقهاء بصورة متواضعة ولا تهدف إلى ما تهدف إليها المقارنة التي نقصدها، والتي تهدف إلى موازنة مختلف الآراء والأدلة على مصادر الفقه الأصلية ومقاصد الشريعة ومناقشة كل ذلك للوصول إلى معرفة الرأى الذى يصادف الحق ويتلاقى مع مسايرة مصالح الناس ومقابلة ذلك بما جاء في مختلف الشرائع والقوانين.

دراسة الفقه المقارن وفائدته : أما دراسة هذا النوع من الفقه فقد اتجهت إليه مصر كما اتجه إليه الكثير من الأمم الإسلامية حيث قد زاد الوعى الإسلامى، وأصبح المفكرون والمقننون يتهافتون على التعرف على نظريات الفقه الإسلامى

(١) على هامش ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٠٧، .والتعزير عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، وقد سبق.

(٢) أشار إليه الأستاذان محمود شلتوت، ومحمد السايس فى مذكرتهما عن مقارنة المذاهب فى الفقه، مطبوع سنة ١٩٣٦.

وسبر غورها والاستفادة منها. ومن وراء ذلك دور التعليم الجامعية المختصة بدراسة الفقه والقانون،فقد سلكت هذا المسلك ومنها من توسع فيه، فهذه كليات الحقوق فى جامعات الجمهورية العربية المتحدة أصبحت دراسة الفقه فيها تتجه إلى المقارنة فى الكثير الغالب وخاصة فى دبلوم الشريعة بكلية حقوق القاهرة الذى يتعمق فى هذه الدراسة والدبلومات الأخرى التى تنظم الكلية الدراسة فيها، فقد جعلت من موادها بعض موضوعات من الشريعة(١). وهذه كلية الشريعة بالجامعة الأزهرية وخاصة فى قسم الدراسات العليا، فإنهم يدرسون الأحكام الفقهية وأدلتها عند مختلف المذاهب والآراء، ويعرضونها على ما فى كتاب الله وسنة الرسول، وهذا المعهد العربى للدراسات الإسلامية يعمل أيضا لهذا الغرض.

وهذاالنوع من الدراسة يبين لنا مبلغ التشابه فى قواعد النظم القانونية بين شرائع الأمم، وهو طريق إلى معرفة ما تطمئن إليه النفس من الأحكام، واختيار أقواها دليلا وأكثرها تحقيقا لمصالح الناس، والتقريب بين المذاهب الإسلامية بعد أن بعدت بينها الشقة، كما أنها دافع إلى التعمق فى دراسة الشريعة من كل المشتغلين بالفقه الإسلامى أو القوانين الوضعية، ودافع للفقهاء الشرعيين على مراجعة تلك القوانين ومقابلتها على النظريات الشرعية، فوق أنه يعين على تكوين ملكة الفقه والاستنباط عند الدارس الباحث حتى تمكنه من التخريج والترجيح.

هذا من ناحية تدريس الفقه: وأما الكتابة فيه فقد أخذت فى عصرنا الحاضر صورة تتناسب مع الكتابة فى سائر المواد من حيث تناول النظريات والكتابة عنها، ومن حيث التعمق فى جزئية ما، والبحث وراءها فى مختلف الفروع وسائر المذاهب والآراء مع المقارنة فى كل ذلك بما جاء فى كتب القانون. فهذه الرسائل العديدة التى كتبت فى الشريعة الإسلامية أو التى كتبت فى القوانين الأخرى

(١) كأصول الفقه فى دبلوم الخاص، ونظم الحكم فى الإسلام فى دبلوم العام، والجنائى الإسلامى فى الجنائى.

مقارنة ما فيها بالشريعة الإسلامية، وهذه الكتب التى أخرجها المشتغلون بالفقه فى عصرنا الحاضر من باحثين وأساتذة نجدها قد طبعت بطابع يحبب فى قراءتها ويبعدها عن مسلك المتون والشروح والحواشى كما يبعدها عن التعصب والتأثر، فتجد الكاتب يكتب غير متأثر فيما يكتب أو يرجح أو يخرج بمذهب خاص أو رأى معين. وإنما يتلمس الحكم الذى يؤيده الدليل ويساير مصالح الناس مع عرض مختلف الآراء وأدلتها ومناقشتها.

وبالتدريس والتأليف على هذا الوضع نستطيع أن ننفض الغبار من حولنا ونميط اللثام عن فقهنا ، ونظهره للعالم بنوره الوضاء وقوته المستمدة من قوة مصادره، كما أننا نستطيع مواجهة الحياة بما جد فيها بقوة وشجاعة وثبات، وأن نطبق أحكام فقهنا على كل جديد وفى كل بلد، وهذا دون شك بشير خير، وبداية عصر ذهبى جديد للفقه الإسلامى. وفق الله العلماء المخلصين للحق فى كل مكان.

الثانى : محاولة تقنين الفقه الإسلامى دون التقيد بمذهب معين :

فى الواقع أن هذه المحاولة لم تكن جديدة وليدة هذا العصر، وإنما هى قديمة جدا، فقد ظهرت فى القرن الهجرى الثانى فى العصر العباسى، كما ظهرت مرة أخرى فى أوائل القرن الحادى عشر الهجرى وإن كان فى إطار ضيق وفى دائرة مذهبية، ثم ظهرت فى أواخر القرن الهجرى الثالث عشر بشكل أوضح بعض الشىء، حتى تجلت فى عصرنا ووضحت، وهذه الخطى سريعة نحو تحقيق هذا الهدف، وإنه لفاتحة خير للفقه الإسلامى، وإنه فيما أعتقد هو الذى سيوجه رجال التشريع فى الدول الإسلامية إلى الاحتكام إلى الفقه الإسلامى واللجوء إليه، وسنتكلم عن هذه المحاولات.

محاولة ابن المقفع : فى القرن الهجرى الثانى فى بدء العهد العباسى كتب ابن المقفع[1] إلى الخليفة أبى جعفر المنصور رسالة دعا فيها إلى وضع قانون عام لجميع الأمصار يؤخذ من الكتاب والسنة وعند عدم النص يؤخذ من الرأى على ما يقتضيه العدل ومصلحة الأمة، لما لاحظه من تباين الآراء واختلاف الحكم فى المسألة الواحدة، وفيها يقول : «مما ينظر فيه أمير المؤمنين من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحى، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التى قد بلغ اختلافها أمرا عظيما، فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه فى كتاب، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك، وأمضى فى كل أقضية رأيه ونهى عن القضاء بخلافه، فكتب بذلك كتابا جامعا رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا»[2].

غير أن هذا الاقتراح لم يجد له رواجا فى ذلك الحين لإباء الفقهاء أن يتحملوا تبعة إجبار الناس على تقليدهم، وهم الذين يحذرون تلاميذهم من التعصب لآرائهم، كما أنهم تورعوا وخافوا أن يكون فى اجتهادهم خطأ، وليس هذا تقنينا وضعيا وإنما هم بصدد شريعة سماوية.

محاولة الخليفتين أبى جعفر المنصور وهارون الرشيد : لما حج أبو جعفر المنصور سنة ١٤٨ هـ طلب إلى الإمام مالك أن يحمل الناس على مذهبه فأبى مالك وقال : «إن لكل قوم سلفا وأئمة فإن رأى أمير المؤمنين قرارهم على حالهم فليفعل» فاقتنع الخليفة بما قال مالك أو تظاهر بذلك، ولم يعمل على تنفيذ هذه الفكرة.

وفى سنة ١٦٣هـ وقد ذهب أبو جعفر للحج مرة أخرى فأعاد عرض فكرته الأولى على الإمام مالك وقال له : «يا أبا عبد الله ضع الفقه ودوّن منه كتبا وتجنب شدائد عبد الله بن عمر، ورخص عبد الله بن عباس، وشوارد عبد الله

---

(١) كان فارسى الأصل كاتبا قديرا، نقل كثيرا من الكتب الفارسية إلى العربية وتوفى سنة ١٤٤هـ.

(٢) تاريخ القضاء فى الإسلام لعرنوس ص ٨٤/ ٨٥.

ابن مسعود، واقصد إلى أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة، لنحمل الناس إن شاء الله على عملك وكتبك، ونبثها فى الأمصار ونعهد إليهم ألا يخالفوها»(١).

لكن مالكا رفض أن يحمل الناس على مذهبه وبقى عند رأيه.

وفى عهد هارون الرشيد تكررت هذه الفكرة وطلب الخليفة من الإمام مالك ذلك فأصر على موقفه ـ رغم إخراجه كتابه الموطأ، ورغبة الخليفة أن يوزع منه نسخا على الأمصار ويجعله مرجعا للقضاء أو الفتوى ـ وقال: «إن أصحاب الرسول اختلفوا فى الفروع وتفرقوا فى البلدان وكلٌّ مصيب».

ويبدو لنا أن ما اتجه إليه الخليفة كان فيه انحراف عما قصده ابن المقفع إذ الخليفة قد طلب من مالك أن يكون كتابه الموطأ مرجعا للقضاء والفتيا فى مختلف الأمصار، وهذا يفيد حقا جمع الناس على رأى واحد يختار من مجموعة الآراء الفقهية ويلاحظ فيه مسايرته لمصالحهم.

بقى الأمر على ما هو عليه من اختلاف الحكم فى المسألة الواحدة، كما تعصب التلاميذ والأتباع لأئمتهم وأصبح التقليد هو الأساس، وقفل باب الاجتهاد، وطال عهد التقليد، وتبدلت الأحوال والظروف، وتتابع الزمن واختلفت مصالح الناس من عصر إلى عصر ومن جيل إلى جيل فاشتد الناس ضيقا به.

وفى القرن الحادى عشر الهجرى ألف السلطان محمد عالمكير (١٠٣٨/١١١٨) أحد ملوك الهند، لجنة من كبار مشاهير علماء الهند برياسة الشيخ نظام لتضع كتابا جامعا لظاهر الروايات التى اتفق عليها فى المذهب الحنفى فجمعوا ذلك فى كتاب معروف بالفتاوى الهندية، ومع هذا لم يكن هذا الجمع شبه رسمى ملزما للمفتين أو القضاة، كما أن الجمع والتدوين والتبويب لم يكن على

(١) الإمامة والسياسة لابن قتيبة جـ ٢ ص ١٥٠ / ١٥٩.

نمط التقنين وإنما هي فروع فقهية واقعية أو مفترضة تذكر فيها الآراء ثم يـ ع ذلك بالقول الذي تختاره اللجنة للفتوى.

بدء تنفيذ الفكرة :

ظهور مجلة الأحكام العدلية وقانون المعاملات : وفي وسط هذه الخواطر والاتجاهات الفكرية للتقنين اتجهت الحكومة العثمانية في أواخر القرن الهجري الماضي - وكانت لا تزال تعتبر أنها تمثل الخلافة في الإسلام - إلى إخراج قانون للمعاملات المدنية مقتبس من الفقه الإسلامي مع التقيد بالمذهب الحنفي ومع مراعاة مصالح الناس وروح العصر، دون تقيد بالرأي الراجح في المذهب. وقد ألفت لجنة لذلك وتم وضع مجموعة من الأحكام الفقهية التي هي أكثر من غيرها ملاءمة لما يجد من الحوادث وصدر بها قانون «مجلة الأحكام العدلية» وقد تم ذلك وصدر في أواخر القرن الهجري الماضي(١) ووضع في صورة مواد بلغت ١٨٥١ مادة سهلة المأخذ بعيدة عن الاختلافات، وقد أخذت بعض الأقوال المرجوحة في المذاهب للمصلحة الزمنية التي اقتضتها(٢)، وفي سنة ١٢٩٣هـ أصبحت نافذة

(١) في أواخر القرن الهجري الثالث عشر كلفت حكومة الدولة العثمانية جماعة من العلماء بوضع قانون في المعاملات المدنية من الفقه الحنفي دون التقيد بالرأي الراجح مع مراعاة الأخذ بالقول الموافق لمصالح الناس في المذهب الحنفي، وإن كان خلاف ما جاء بظاهر الرواية، وكونت اللجنة فعلا من أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية رئيسا وبعضوية السادة أحمد خلوصي وأحمد حلمي من أعضاء ديوان الأحكام العدلية، ومحمد أمين الجندي، وسيف الدين من أعضاء شورى الدولة، والسيد خليل مفتش الأوقاف، والشيخ محمد علاء الدين بن عابدين وزير العدل. وسنوا قانونا سمي مجلة الأحكام العدلية، وفي سنة ١٢٩٣ صدر الأمر بالعمل به. في تركيا وفي المدن التي تدور في فلكها، وكانت مصر قد استقلت عنها. وهذا الكتاب يتكون من ١٨٥١ مادة. وتحت يدنا بمكتبة الكلية شرح للمجلة مطبوع في ثلاثة مجلدات ومعنون «كتاب الأدلة الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية في قسم الحقوق المدنية» تصنيف محمد سعيد مراد الغزي أستاذ الشريعة والحقوق المدنية في جامعتي حقوق بيروت والشام ونسخة أخرى بعنوان المجلة مصدرة بالمقدمات التي قدمت بها للسلطان الأعظم.

(٢) وقد تناولت هذه المواد أحكام البيوع والإيجارات والكفالة والحوالة والرهن والأمانات والهبة والغصب والإتلاف والحجز والإكراه والشفعة والشركات والوكالة والصلح والإبراء والإقرار والدعوى والبينات والتحليف والقضاء.

وتطبق أحكامها فى محاكم الدولة العلية، وبذا تكوّن قانون مدنى عام منتخب من المذهب الحنفى ويلزم العمل به، كما ظهر فى سنة ١٣٢٦هـ فى الدولة العثمانية قانون العائلات الذى يختص بالزواج والفرقة وقد أخذ فى كثير من المسائل من غير المذهب الحنفى، كفساد زواج المكره وبطلان طلاقه، وهذا يعتبر من الدولة العثمانية أفضل عمل تشريعى تعتز به وتفخر، وهو فى نفس الوقت يعتبر أول تنفيذ لفكرة ابن المقفع التى احتضنها أبو جعفر المنصور وأيدها هارون الرشيد، كما كان هذا أيضا بدء الخروج عن التقليد المحض وعدم التقيد بمذهب معين عند اختيار الأحكام وإلزام القاضى بها.

مصر وتقنين الفقه الإسلامى والنهوض بدراسته : لم تختلف مصر عن غيرها فى النهضة الفقهية ومحاولة تقنين الأحكام الفقهية التى تهم الناس فى معاملاتهم وأحوالهم الشخصية وإخراجها فى مواد حتى يسهل الرجوع إليها وحتى تنصرف الأذهان عن التطلع إلى الغرب(١)، ورفض الخديوى إسماعيل الأخذ بقانون مجلة الأحكام العدلية حبا فى الاستقلال وتخلصا من التبعية للدولة العثمانية، واتجه إلى قانون نابليون بحجة أن كتب الفقه الإسلامى بوضعها لا يمكن التقنين منها فأحدث ذلك ضجة فى الرأى العام، وظهر رأى بإمكان التقنين من الفقه الإسلامى، وقام الفقيه القدير قدرى باشا بعمل مجموعة من القوانين أخذها من المذهب الحنفى مسترشدا فى عمله بمجلة الأحكام العدلية ـ فمنها ما كان خاصا بالمعاملات وسماه مرشد الحيران، ويتكون من ٥٤١ مادة وطبعته الدولة سنة ١٨٩٠ ميلادية، كما قنن أحكام الوقف طبقا للمذهب الحنفى أيضا فى ٦٤٦ مادة وعنون له باسم كتاب العدل والإنصاف فى مشاكل الأوقاف طبع أيضا سنة ١٨٩٣م ثم قنن أحكام الأحوال الشخصية فى مجموعة مكونة

---

(١) وقد كان المذهب الشافعى مذهب القضاء المصرى قبل الفتح العثمانى غير أنه فى أيام الظاهر بيبرس كانت المرتبة الأولى للمذهب الشافعى، كما أقام قضاة للمذهب الحنفى والمالكى والحنبلى، ولما جاء الفتح العثمانى اقتصرت أحكام القضاء على المذهب الحنفى. راجع تاريخ القضاء لعرنوس ص ١٠٣، ١١١، ١٩٦.

من ٦٤٧ مادة تناول أيضا فيها أحكام الهبة والوصية والحجر والإيصاء والميراث، وهذا دون شك عمل عظيم من قدرى باشا وخصوصا أنه عمل فردى ولو فى المظهر على الأقل.

وإن كانت هذه القوانين الفقهية لم يكن لها نصيب أن تصبغ بصبغة رسمية إلا أنها لاشك كانت مرجعا ومرشدا لمن تصدى لهذا العمل بعد، وكانت مصر فى هذه الفترة بدأت تنهض فى كثير من شئونها، وبدأ المصريون ينفضون عنهم ما كان يسبب لهم المتاعب النفسية ويتحررون من أوضار الماضى. وكان الناس قد بدءوا بالشكوى من التقيد فى الأحكام بالمذهب الحنفى الذى ورثناه عن الحكم التركى، وكان القضاة والمفتون ملزمين بالتقيد به[1] وظهرت شكواهم لولاة الأمر وللقضاة فيما يطرح أمامهم، وللعلماء فيما يستفتون فيه.

القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامى :

عملت الحكومة على تأليف لجنة من كبار الفقهاء والمشرعين لوضع قوانين تؤخذ من الفقه الإسلامى من غير تقيد بمذهب معين، مع مراعاة روح العصر، فألفت لجنة من كبار علماء المذاهب الأربعة برياسة وزير الحقانية فى ذلك العهد لوضع قانون الأحوال الشخصية، فوضعت اللجنة مشروع قانون للزواج والطلاق

(١) وبقى التعيين فى مناصب القضاء الشرعى والإفتاء بمصر قاصرا على من تخرجوا من الأزهر فى دراسة المذهب الحنفى. حتى صدر حكم من مجلس الدولة فى مصر سنة ١٩٥٤ لبعض من تقدموا إليه من العلماء غير الأحناف بالتعيين فى مناصب القضاء الشرعى، وأخيرا من أجل توحيد القضاء بمصر قرر مجلس الوزراء فى جلسته المنعقدة فى ٥٥/٩/٢١ إلغاء المحاكم الشرعية وإحالة جميع أعمالها واختصاصاتها إلى المحاكم العادية اعتبارا من أول يناير سنة ١٩٥٦. كما تقرر إلغاء الكثير من مواد القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ الخاص بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها، غير أن المادة ٢٨٠ منه والتى تنص «تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد» وبذا نجد أن الأحكام ما زالت يلتزم قاضى الأحوال الشخصية فى إصدارها بأرجح الأقوال من المذهب الحنفى.

وما يتعلق بهما، طبع سنة ١٩١٦ ثم أعيد طبعه بعد تنقيح فيه سنة ١٩١٧، ومع هذا فقد كانت المعارضة فى إخراجه قوية من بعض رجال الدين ومن تأثروا بهم، لذا لم يخرج هذا المشروع إلى التنفيذ ولم يصدر به القانون وإنما اكتفى ولاة الأمر بمعالجة بعض الأمور التى وضح عدم مطابقة المذهب الحنفى فيها لمصالح الناس، فصدر القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ بوضع حد أدنى لسن الزواج، والقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩. وكل هذه القوانين نظمت بعض مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج وبالنفقة والعدة والطلاق والنسب والمهر والحضانة والمفقود[1] وما إلى ذلك وإن كان القانون الأول ٢٥ سنة ١٩٢٠ أخذ

(١) أما القانون ٢٥/ ١٩٢٠ وهو يتكون من أربعة أبواب فى النفقه والعدة ويتكون من جملة مواد أخذت من غير المذهب الحنفى : الباب الأول منه يتكون من ثلاث مواد الغيت منها المادة الثالثة بالقانون ٢٥ / ١٩٢٥ وهذه المواد مأخوذة من مذهب الشافعى ومالك. والثلاث مواد الأخرى فى التطليق لعدم الإنفاق ولغيبة الزوج وعدم وجود مال تنفق منه الزوجة وهو طلاق رجعى وهو من مذهب مالك. الباب الثانى : فى أحكام المفقود ويتكون من مادتين . الباب الثالث : فى أحكام التفريق بالعيب ويتكون من ثلاث مواد وهى لم تتقيد بأرجح الأحوال من المذهب الحنفى، بل اخذت برأى محمد بن الحسن فجعل للزوجة الحق فى أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء أكان العيب به قبل الزواج ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ـ فإذا طلق القاضى اعتبر الطلاق بائنا. الباب الرابع: أصبح قاصرا على مادة واحدة تختص بتنفيذ القانون.

أما القانون ٢٥ / ١٩٢٩ فهو يتكون من ٢٥ مادة خمس منها تتعلق بالطلاق فنصت على عدم وقوع طلاق السكران والمكره وعدم وقوع الطلاق إذا كان معلقا وقصد به اليمين والثلاث طلقات بلفظ واحد تقع طلقة واحدة مع مخالفة هذا للمذاهب الأربعة لكنه نسب إلى بعض الصحابة، وست مواد منها تتعلق بالشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر، فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج لها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين أحدهما من جهة الزوج والآخر من جهة الزوجة ليحكما بينهما بحكم تمهيدى بما يريانه فى النزاع، وهذه المادة أخذت من مذهب مالك. وقد اختص التطليق لغيبة الزوج أو حبسه بثلاث مواد، أما غيبته سنة فأكثر بلا عذر مقبول فهى من مذهب مالك ويكون الطلاق بائنا إذا تضررت من تغيبه ولو كان له مال تنفق منه، وأما التطليق لحبس الزوج بحكم نهائى ثلاث سنوات فأكثر إذا طلبت ذلك بعد مضى سنة من حبسه فأخذ حكمه قياسا على حكم الغيبة، وبعد، فقد خص دعاوى النسب ـ

من المذاهب الأربعة فإن القانونين الآخرين الصادرين فى سنة ١٩٢٣، ١٩٢٩ لم يتقيدا بالمذاهب الاربعة فقد أخذ القانون ٥٦ سنة ١٩٢٣ برأى آخر للإمام أبى حنيفة وبفتوى عبد الله بن شبرمة وعثمان البتى وأبو بكر الأصم، وأما القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ فقد جاء فى مذكرته التفسيرية بأنه موافق لآراء بعض المسلمين ولو من غير أهل المذاهب الأربعة، وأنه ليس هناك مانع شرعى من الأخذ بقول غيرهم، خصوصا إذا ترتب عليه نفع عام. وفى سنة ١٩٣١ صدر القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ بتنظيم المحاكم الشرعية، وقد احتوى على بعض القوانين غير مقيد فيها بمذهب معين.

ثم خطت مصر خطوة جديدة نحو التخلص من التقيد المذهبى ففى ٩ديسمبر سنة ١٩٣٦ وافق مجلس الوزراء على مذكرة لوزراة العدل اقترحت فيها تشكيل لجنة بها تقوم بوضع مشروع قانون لمسائل الأحوال الشخصية وما يتفرع عنها، والأوقاف والمواريث والوصية وغيرها، ولا تتقيد بمذهب دون آخر بل تأخذ من آراء الفقهاء ما هو أكثر ملاءمة لمصالح الناس وللتطور الاجتماعى، ولها أن تبدأ بما ترى أن الشكوى منه أعم والحاجة إليه أمس، وقد بدأت بالنظر فى مشروع قانون المواريث لأن التغيير فيه ضئيل فخرج فى سنة ١٩٤٣ برقم ٧٧ شاملا لجميع

ـ بمادة، ودعاوى النفقة بثلاث مواد فجعلت نفقة الزوجة تقدر على حسب حال الزوج وهى ماخوذة من مذهب الشافعى ورأى فى المذهب الحنفى، كما نص على أن المطلقة لا تأخذ نفقة عن عدتها أكثر من سنة ولا ترث عند الإنكار إذا مضى على طلاقها من المتوفى أكثر من سنة ونص على أنه إذا اختلفا فى المهر وفى مقداره فجعلت البينة على الزوجة واليمين عند العجز عن الإثبات للزوج إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهرا لمثلها عرفا فيحكم بمهر المثل وهو رأى أبى يوسف من الاحناف، كما أن هذا القانون قد رفع سن حضانة الصغير فجعل للقاضى الحق فى أن يبقى الصغير فى حضانة النساء إلى تسع سنوات بالنسبة للغلام وإحدى عشرة سنة بالنسبة للفتاة إذا تبين أن المصلحة فى ذلك، وهذا احد رايين فى المذهب الحنفى. ثم أتى القانون بمادتين من مذهب الإمام أحمد بن حنبل فى احكام المفقود،فإذا كان المفقود يغلب عليه الهلاك حكم بموته بعد أربع سنوات من تاريخ فقده وإلا فيفوض أمر المدة للقاضى بعد التحرى، وبعد الحكم بموته تعتد زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم.

أحكام الإرث حتى ما كان مأخوذا من أحكام قطعية، كالخاصة بأصحاب الفروض والعصبات وهذه لم يكن للجنة فيها إلا الصياغة فقط، أما الحكم نفسه فلم تتعرض له ولم تكن تملك أن تتعرض له. ومن أهم القواعد التى جاء بها هذا القانون مغايرا ما كان عليه العمل : توريث الإخوة والأخوات مع الجد الصحيح بعد أن كان حاجبا لهم، وكذلك الرد على أحد الزوجين بما بقى بعد فرضه إذا لم يوجد للمتوفى أى قريب يرثه فهو أولى بما بقى من العاصب السببى، كما اعتبر القانون التسبب فى القتل مانعا من الإرث دون القتل الخطأ وما جرى مجراه بعكس ما كان عليه العمل، إلى غير ذلك مما يدرس تفصيلا فى موضعه [1]، ثم فى سنة ١٩٤٦ صدر القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ معدلا لبعض أحكام الوقف، وقد أخذ هذا القانون أحكامه فى الغالب من مختلف أقوال الفقهاء فى سائر المذاهب متوخيا ما يحقق مصلحة الناس ولا يعرقل نظمهم الاقتصادية، ومن أهم قواعد هذا القانون أنه قرب أحكام الوقف من أحكام الميراث [2]. وعلى كل فقد ألغى الوقف الأهلى كله بالقانون ١٨٠ سنة ١٩٥٢، ثم صدر القانون ٧١ فى سنة ١٩٤٦ أيضا بأحكام الوصية دون تقيد بمذهب معين ولا حتى بالمذاهب الأربعة، ومن أهم قواعده القول بالوصية الجبرية وهى أن يكون للأحفاد الذين حجبوا عن الميراث من جدهم أو جدتهم حق واجب فى التركة هو نصيب أصلهم ولو كان حيا بحيث لا يزيد على ثلث التركة، وإلا يكون أوصى لهم جدهم أو جدتهم بشىء، وقد أخذ هذا الحكم من فقهاء التابعين، ومن فقه الإباضية، كما أجاز القانون الوصية للوارث فى حدود ثلث التركة دون توقف على إجازة باقى الورثة [3].

---

(١) راجع لنا فى ذلك كتاب الوصايا فى الفقه الإسلامى القسم الأول وصية الله «والميراث».
(٢) راجع للمؤلف الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية مطبوع سنة ١٩٥٧.
(٣) راجع للمؤلف الوصايا فى الفقه الإسلامى القسم الثانى.

وقد عملت وزارة العدل على إعداد مشروع قانون جامع لأحكام الأحوال الشخصية، وقد تم إعداد المشروع مبدئيا، ولكن وزارة العدل أهملته في عهودها المختلفة رغم لزومه وشدة الحاجة إليه في مصر وفي الدول التي تطبقه على المصريين، وخصوصا بعد أن ألغيت المحاكم الشرعية، وأسند عملها إلى المحاكم العادية، ولا شك في أنه من الأيسر لهم أن يخرج قانون الأحوال الشخصية إلى الوجود فيسهل الأمر على القاضي ويكون أرفق بالمتقاضي، هذا وقد صدر قانون سنة ١٩٥٢ في سورية شاملا لجميع أحكام الأسرة : الزواج وما يتفرع عنه من نفقة ونسب وحضانة وطلاق وتفريق وعدة، وكذلك أحكام الأهلية وما يتفرع عنها من نيابة شرعية عن القاصرين كالولاية والوصاية والقوامة، وكذلك فقد جاء شاملا لأحكام الميراث والوصية، وما يتعلق بهما من شرائط وأحكام، وكان هذا القانون مستمدا أحكامه من مختلف المذاهب.

هذا وقد شكلت في مصر لجنة أخيرا لوضع قانون شامل لمسائل الأحوال الشخصية، ويبدو أنها أوشكت على الانتهاء منه وقارب على أن يعد به قانون ويكون نافذا، وهذا القانون سيخضع له جميع سكان الجمهورية العربية.

ويا حبذا بعد هذا لو اتجه رجال التشريع في جمهوريتنا إلى النظر في مختلف قوانيننا واستمدادها من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه وما فيه من آراء إذ هي كلها بمثابة رأى في مذهب واحد كبير هو الفقه الإسلامي. فتقوم أسس ما نصدره من قوانين على أحسن ما في الفقه من آراء أو أكثر النظريات ملاءمة لهذا العصر حتى نصل حاضرنا بماضينا الفقهي المجيد.

فطريق الخلود في أن ننشىء من جوهر فقهنا الذي ملأت آلاف مؤلفاته مكتبات العالم، وأن نستمد من منبعه العذب قانونا جديدا يفي بحاجتنا ويقينا من الانسياق وراء تشريع أجنبي عن تقاليدنا ومعتقداتنا وعاداتنا[1].

---

(١) راجع في هذا المعنى الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ مصطفى الزرقا.

الفصل الثالث

تكوين المدارس الفقهية وتاريخها

المبحث الأول

عوامل تكوين المدارس الفقهية ونزعاتها وسبب اختلاف الفقهاء وأثره في الفقه

المدارس الفقهية وبدء تكوينها(١) : لا نقصد بالمدارس دور العلم وأماكن تجمع طلابه، ولكنا نقصد الاتجاه أو الطريقة التى يسلكها كل فقيه ويعرف بها فيأخذها عنه غيره، ويتجمع حولها بعض الفقهاء والمشتغلين بالفقه ويجعلونها أساسا فى منحاهم الفقهى واجتهادهم.

وكان الرسول عليه السلام المدرسة الأولى التى تدرب المسلمون فيها على التفقه فى أمور دينهم ودنياهم، ومرجعهم فى تدبير شئونهم العامة من تشريع وقضاء وتنفيذ، وكان قانونه ما يتلقى عن ربه من وحى أو اجتهاد يقره الوحى.

فلا يتصور إذًا وجود خلاف فى عهد الرسول، لا فى أصول الدين، ولا فى فرع من فروعه، أما أصوله فلأن الصحابة كانوا يتلقون ما يوحى إلى النبى دون أن يطلبوا منه تفسيرا عن الغيبيات التى علمها عند الله(٢).

---

(١) راجع لنا المدارس الفقهية فى التشريع الإسلامى، طبع مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٨.

(٢) فيروى أنه خرج إلى أصحابه ذات يوم وهم يتراجعون فى (القدر) فغضب وقال : «يا قوم: بهذا ضلت الأمم قبلكم باختلافهم على أنبيائهم وضربهم الكتاب بعضه ببعض، وإن القرآن لم يتنزل لتضربوا بعضه ببعض، ولكن نزل القرآن فصدق بعضه بعضا، وما عرفتم منه فاعملوا به، وما تشابه فآمنوا به» فسادت نزعة النأى عن البحث فى الغيبيات طوال عصر الرسول وفترة بعده. بل حرص كثير من الفقهاء على ذلك. فهذا مالك يقول : إياكم والبدع. قيل: وما البدع يا أبا عبد الله؟ قال : أهل البدع الذين يتكلمون فى أسماء الله وصفاته وكلامه وعلمه وقدرته ولا يسكتون عما سكت عنه الصحابة والتابعون، ثم يقول مبينا النزعة العلمية فى الإسلام «إنى أكره الكلام فى القدر ولم يزل أهل بلدنا - المدينة - يكرهونه ولا أحب الكلام إلا فيما وراءه عمل».

وأما عدم وجود اختلاف فى أحكام الفروع التى يتعلق بها علم الفقه فإنه لم يكن هناك مجال للاختلاف فيهـا، إذ كلها مردها إلى الوحى حتى ما كان أصله من اجتهاد الرسول وأصحابه.

وبوفاة الرسول اختلف المسلمون(١) اختلافا محدودا فى أصول الدين، وفى فروعه على نطاق ضيق وآراء فردية، وكان أول ما اختلفوا فيه موت النبى نفسه. فزعم قوم أنه لم يمت، وإنما رفعه الله إليه كما رفع عيسى مستندين إلى قول الله تعالى : ﴿إن الذى فرض عليك القرآن لرادك إلى معاد﴾(٢) فخرج عليهم أبو بكر غاضبا وتلا قول الله تعالى : ﴿إنك ميت وإنهم ميتون﴾(٣) وقال : «من كان يعبد محمدا فإن محمدا قد مات، ومن كان يعبد الله فإن الله حى لا يموت» فقال عمر، وكان الجزع قد أصابه وأفقده صوابه : «والله لكأنى ما قرأتها قط» ثم قال : «لعمرى لقد أيقنت أنك ميت، ولكنما أبدى الذى قلته الجزع» فأزال ذلك ما فى نفوس الناس. فهذا مظهر اختلافهم فى أصل يتعلق بالعقيدة.

أما اختلافهم فى الأحكام العملية فقد كان أول مظهر له اختلافهم حول الخلافة عند وفاة الرسول، واختلافهم فى قتال الممتنعين عن الزكاة وغيرها، وقد كانت سياسة أبى بكر وعمر العمل على منع أو التقليل من الاختلاف فى الأحكام، لأنها إما أن تصدر عن كتاب محكم أو سنة متبعة معروفة، أو استشارة تؤدى إلى إجماع، فلم يبق من سبب لاختلاف إلا صدور الفتوى عن رأى أو اختلافهم عن استشارة.

وهذا وإن كان قليلا فى عهد كبار الصحابة إلا أنه فى الواقع كان نواة لاختلاف الفقهاء من بعد، وبداية لظهور المدارس المختلفة إذ لا شك فى أن

(١) وقد تنبأ الرسول بما سيجد من خلاف واختلاف، فجاء فى مجمع البيان لعلوم القرآن للطبرى أنه روى عن الإمام على أنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : إنها ستكون فتن ... قلت فما المخرج منها؟ قال : كتاب الله فيه خبر ما قبلكم، ونبأ ما بعدكم، وحكم ما بينكم، هو الفصل ليس بالهزل،هو الذى لا تزيغ به الأهواء ولا تشبع منه العلماء، ولا يخلق عن كثرة رد ... إلخ».

(٢) سورة القصص جـ ٢٠ / ٥ .

(٣) سورة الزمر جـ ٢٤ / ٣٠.

اختلاف الرأى فى استنباط الأحكام قد بدأ بداية فردية مجردة من التعصب لشخص أو قاعدة وبدأ فى دائرة محدودة، ومع هذا فقد كان القائمون على أمر الفتوى، واستخراج الأحكام فى هذا العهد كلهم من العرب.

النزعات الفقهية فى نفوس الفقهاء الأوائل : الناس بالفطرة متفاوتون فى مسلكهم فى البحث والاستنباط لتفاوتهم فى العقل والإدراك؛ ولذا نجد من فقهاء الصحابة من تغلغل فى معانى الألفاظ، وسبر غورها وتحرى مراميها، وفهم روح التشريع وتذوق معانيه مع ملاحظة الألفاظ ودلالتها أيضا. ولهم فى هدى الرسول أعظم معين، فقد حرص فى توجيههم إلى المعانى وتذوق أسرار التشريع. وطبيعة هذا الاتجاه أن يحمل صاحبه على البحث والإقدام على الفتيا وعدم التهيب من النظر فيما جد من أمور يراد معرفة حكم الله فيها.

ومنهم من يقف عند دلالة الألفاظ مع مراعاة معانيها وما تهدف إليه، لكنهم يحرصون على ما ظهر من المعانى فلا يبتعدون عنها بعد الفريق الآخر طلبا للسلامة بالوقوف عندما يظهر من كتاب الله، وما وصل إليه من سنة رسوله. وطبيعة هذا الاتجاه أن يدفع صاحبه إلى التهيب من الفتوى.

ومن المثل الدالة على وجود هذين الاتجاهين فى نفوس الصحابة من عهد الرسول، أنه لما أمرهم عليه السلام - وكانوا على سفر - ألا يصلوا العصر إلا فى بنى قريظة، وقف فريق منهم عند ظاهر أمر الرسول فلم يصلوا العصر حتى وصلوا بنى قريظة، وأعمل الآخرون عقولهم فى تفهم مرامى هذا الأمر وتعرف المقصود منه، وقالوا إن المقصود هو الحث على الإسراع وصلوا قبل أن يصلوا بنى قريظة، ولما علم الرسول بذلك ما عابهم على ما فعلوا.

وفقهاء الصحابة المكثرون من الفتوى تميزوا بالنزعة الأولى، وفى طليعتهم عائشة أم المؤمنين، وعمر بن الخطاب، وعلى بن أبى طالب، وعبد الله

ابن مسعود، لذا فإنهم لم يحجموا أو يترددوا عن الفتوى إذا نزلت النازلة واحتاجوا إلى التعرف على حكم الله، وتميز بالنزعة الثانية فقهاء الصحابة المقلون فى الفتوى الذين كان يود كل واحد منهم إذا استفتى فى أمر أن يكفيه غيره مؤونة ذلك[1].

عوامل تكوين المدارس الفقهية : تفرق الصحابة والتابعون فى الأمصار والمدن وتولوا فيها القضاء والإفتاء، وكان الناس يلتفون حولهم فى كل بلد ليتعلموا منهم أمور الدين ويأخذوا عنهم الكتاب والسنة وطرائق البحث والفهم، وهذه المدن وإن كانت لها مدنيات خاصة قديمة تأثر الناس بها وطبعوا بطابعها، فإن فقهاء الإسلام الذين أثروا فيهم أثرا جديدا كانت لهم طرائقهم الخاصة فى البحث والاستنباط، وبذا نجد أن هذين العاملين : بيئة البلد، وخطة الفقيه نفسه فى البحث واستنباط الأحكام، كلاهما له أثر فى إيجاد طابع خاص للفقه فى المنطقة، ولذا نجد أن كل مدينة من المدن التى تفرق فيها الصحابة تعتبر مدرسة لها طابعها الخاص، وكانت كلها فى الواقع بين اتجاهين متمايزين : مدرسة الحديث وطابعها الوقوف عند الأثر، ومدرسة الرأى وطابعها التوسع فى الرأى وتعرف المصالح. ويحمل أعلام مدرسة الحديث الحجازيون، وخاصة المدنيين منهم وإن كان فيهم من الأفراد من أخذ بالرأى وتوسع فيه كربيعة الرأى، كما يحمل أعلام مدرسة الرأى العراقيون وخاصة فقهاء الكوفة، وإن كان فيهم أفراد من أصحاب النزعة الأخرى ممن يبغضون الرأى أمثال ابن سيرين والثورى وابن أبى ليلى، كما وجدت بالعراق فيما بعد مذاهب أكثر ابتعادا عن الرأى، ووقوفا عند الأثر من الحجازيين المتمسكين بالأثر أنفسهم.

غير أنه فيما يبدو لى لما كان المذهب الحنفى أول المذاهب الجماعية بالعراق، وكان يتجه ناحية الرأى، وكان المذهب المالكى أول المذاهب الجماعية بالحجاز،

---

(١) راجع تفصيل هذا فى مذكرات أستاذنا الشيخ السنهورى لمعهد الشريعة فى تاريخ الفقه.

وكان يتجه ناحية الحديث والأثر، مبتعدا عن الرأى، كما أنهما كانا فى عصر واحد، وأصبح لهما من السلطان والجاه ما لهما، فإن ابن خلدون والمؤرخين بعده نسبوا مدرسة الرأى إلى العراق ومدرسة الحديث إلى الحجاز(١). بل لقد جرت هذه التسمية على لسان فقهاء المذهبين فى هذا العصر. فكان فقهاء مدرسة الحديث يصفون الذين يأخذون بالرأى أو يفترضون مسائل لم تقع ويطلبون حكم الله فيها بالعراقيين(٢).

المذاهب الجماعية: كانت مذاهب الصحابة فردية لأن مريديهم والآخذين عنهم كانت وسيلتهم فى النقل هى الحفظ حيث إنهم لم يلجأوا إلى التدوين فى هذا العهد. لهذا كانت تنقل آراء الصحابة منفردة دون اختلاطها بآراء من نقلوا عنهم، ولذا فإن مذاهبهم كانت فردية كما قلنا.

أما بعد عصر الصحابة، وقد انتشر التدوين، فإن الفقهاء المجتهدين قد دونوا أقوالهم، وأقوال أساتذتهم مجتمعة، ثم يتناقل ما دون من مجموعة الآراء بين الناس، ويطلق على كل ما دون من أقوال اسم إمامهم، وينسب هذا المذهب المختلط إليه، مع أن حقيقة ما فى المذهب هو مجموعة آراء الإمام وأصحابه، وهذا كالمذهب الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى والظاهرى.

---

(١) راجع فى نقد ربط هاتين النزعتين بالأقاليم ما جاء لأستاذنا الشيخ السنهورى فى مذكراته لمعهد الشريعة بالكلية فى مادة تاريخ الفقه ص ٤٥/٤٦ حيث يقول فى نهاية بحثه : «والتسمية الصحيحة فى هذا هى تسمية ابن النديم، وهى أن من الفقهاء من غلب عليهم الاشتغال بتصحيح الحديث ومنهم من غلب عليهم الاشتغال بالفقه وهم يكونون أهل الرأى».

(٢) روى أن أسد ابن الفرات قدم على مالك فكان أصحابه يطلبون من أسد أن يسأل إمامهم على المسألة فإذا أجاب، يقولون له قل فإن كان كذا فما الحكم؟ حتى ضاق عليه يوما فقال له : «هذه سليسلة بنت سليسلة إن أردت هذا فعليك بالعراق». وقد سبق الإشارة إليه، وقال ربيعة لسعيد فى مسألة عقل الأصابع:حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها فقال سعيد : أعراقى أنت؟ قلت: بل عالم متثبت أو جاهل متعلم، فقال: هى السنة يابن أخى» راجع الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ١٨٤، ١٨٧.

ومع هذا فقد كان هناك من الفقهاء من دونوا أقوالهم بأنفسهم كالثورى والأوزاعى والليث، أو تنوقلت أقوالهم من طريق الحفظ كابن أبى ليلى، وابن شبرمة فإنها مذاهب فردية مثل مذاهب الصحابة ينقلها الآخذون كما ينقلون مذاهب الصحابة[1] دون أن يذكر بها رأى آخر لأحد من الآخذين برأيه ومذهبه.

ولا شك فى أن النطاق الفقهى اتسع فى عصر المذاهب الجماعية عما كان عليه من قبل، وقد دعا إلى الاتساع، ما كان من جدل ومناظرة بين فقهاء المذاهب على نطاق أوسع مما كان فى عصر الصحابة والتابعين. فقد تطورت المناظرات الشفوية إلى رسائل علمية محررة وردود عليها[2].

وقد كان لهذا أثر واضح فى ازدهار الفقه، كما أن الحضارة وأسباب النعيم فتحت آذان الفقهاء لمسائل جديدة ونظم لم يكن لهم بها سابق عهد خلفت ثروة فقهية لا مثيل لها.

مدرسة الحديث : وكانت المدينة بالحجاز مهد السنة ومجمع العلماء لأنهم أعرف الناس وقتها بحديث الرسول، وقد تأثر فقهاء هذه المدرسة بفقهائها الأوائل من الصحابة والتابعين. يقول ابن القيم [2] : «أما أهل المدينة فعلمهم عن أصحاب زيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، وأما أهل مكة فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن عباس، وأما أهل العراق فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن مسعود، ثم يذكر لنا فقهاء المدينة السبعة[4] من التابعين الذين كانوا فى الواقع المدرسة الفقهية

---

(١) مذكرات أستاذنا الشيخ السنهورى لمعهد الشريعة بالكلية فى مادة تاريخ الفقه.

(٢) ومن هذا رد محمد بن الحسن على مالك وأهل المدينة، ورد الشافعى على محمد، ورد أبى يوسف على الأوزاعى فيما كتبه فى السير.

(٣) إعلام الموقعين جـ ١ ص ٢١/٢٣.

(٤) وأولهم: سعيد بن المسيب قرشى ولد لسنتين من خلافة عمر، ومات سنة ٩٤. والثانى: عروة بن الزبير قرشى ولد فى خلافة عثمان ومات سنة ٩٤. والثالث: القاسم بن محمد كان أعلمهم بالسنة وأشدهم نقدا للحديث سمع من عمته عائشة ومن ابن عباس مات سنة ١٠٦. والرابع: أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وكان يسمى راهب قريش مات سنة ٩٤. والخامس: عبد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود مات سنة ٩٨. والسادس: سليمان بن يسار مولى ميمونة زوج النبى عليه السلام مات سنة ١٠٧. والسا[illegible] خارجة بن زيد بن ثابت. هذا ومن الملاحظ أن سنة ٩٤ مات فيها الكثير من الفقهاء و[illegible] بسنة الفقهاء

الأولى فأسسوا الفقه الإسلامى، وبينوا المنهج الفقهى، وأخضعوا الحياة بأسرها بما فيها الحياة التشريعية على وفق القواعد المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الكريمة.

ولم تكن مدرسة الحديث قاصرة على فقهاء المدينة أو الحجاز كما أشرنا قبل، بل كان أتباعها فى مختلف البلاد الإسلامية، فهذا عامر الشعبى وهو تابعى من فقهاء الكوفة يكره الرأى ويقف عند الأثر، وسفيان الثورى من تابعى التابعين وأحد فقهاء الكوفة الأعلام الذين يتزمتون من الرأى، وهذا الإمام الأوزاعى الفقيه الشامى كان من مدرسة الحديث ويبغض الأخذ بالرأى، وهذا يزيد بن حبيب الفقيه المصرى - من أهالى دنقلة - أول من وجه المصريين إلى العناية بالحديث. ثم الشافعى وأحمد بن حنبل، وداود الظاهرى.

وقد تزعم هذه المدرسة فى المدينة ابن المسيب[1] من التابعين، وتتلمذ عليه الكثير من فقهاء الحجاز وغيرهم، وتشبعوا بفكرته وطريقة استنباطه ثم تفرق الكثير منهم فى الأمصار ليجمعوا الأحاديث التى لم يروها المحدثون من رجال المدينة،

---

(١) ولد لسنتين من خلافة عمر كما قلنا، وكان من سادات التابعين فقها ودينا. وكان يسمى فقيه الفقهاء، أعلم الناس بقضاء رسول الله وقضاء عمر. لذا لم يكن يخشى الفتوى ولا يهابها، وترجع أهميته إلى أنه لم يكن يعنى إلا بالفقه، وعن يزيد بن يزيد ان سعيد بن المسيب اعلم الناس بالحلال والحرام، أما إذا سئل عن تفسير آية من القرآن سكت كأنه لم يسمع. أخذ علمه عن زيد بن ثابت كما جالس سعد بن أبى وقاص وابن عباس وابن عمر، لم يشترك فى الامور السياسية، ومع هذا فقد سجن لعدم مبايعته أولاد عبد الملك توفى سنة ٩٤ هـ فى خلافة الوليد. راجع الطبقات الكبرى جـ ٥ ص ٧٧ والمعارف لابن قتيبة ص ١٩٣، ومن الطرائف الدالة على تهافت الناس عليه وتغلغل الروح الفقهية فى بيته أنْ زوّج ابنته - وكانت عارفة بفقه أبيها ذات رأى سديد - إلى أحد تلاميذه الذى كان شديد الحرص على حضور الدرس ومجالسة أستاذه طوال وقته حتى ضاقت زوجته بذلك وقالت له مرة عند خروجه. اجلس أعلمك علم ابن المسيب. راجع لنا كتاب الأزهر والفتاة، وقد كنت ألقيت محاضرة فى هذا الموضوع بجمعية الشبان المسلمين مطبوعة سنة ١٩٣٦ دعوت فيها إلى تعليم الفتاة فى الأزهر وتخصيص معهد لها والحمد لله فقد تحققت هذه الأمنية سنة ١٩٦٢ / ١٩٦٣ الدراسية.

فكان منهم من رحل إلى العراق، ومنهم من رحل إلى الشام ومصر[١]، وكان من هذه المدرسة غير سعيد سالم بن عبد الله بن عمر الذى كان يرفض الإفتاء بالرأى فإذا سئل عن أمر لم يسمع فيه شيئا قال : لا أدرى[٢]. وجاء من بعدهما الزهرى ويحيى بن سعيد، ومن بعدهم مالك وكذا الشافعى، وأحمد والظاهرى، وإن كان مالك هو الذى ورث زعامة هذه المدرسة فى المدينة، فأخذ عنه الشافعى وأحمد، إلا أننا نجد داود الظاهرى وابن حنبل أبعدهم وقوفا عند الأثر أو بعدا عن الرأى[٣].

طرق استنباطهم الأحكام : وقف فقهاء هذه المدرسة عند النص وخاصة الحجازيين لكثرة بضاعتهم من الحديث، وتورعهم عن الأخذ بالرأى، وقلة ما يعرض عليهم من الحوادث التى لم يسبق لها مثيل لعدم اختلاف البيئة. أما غير الحجازيين منهم فكانوا يرون أن اتباع الرأى أخذ بالهوى والغرض وإدخال فى دين الله ما ليس منه.

وقد كان مسلكهم إذا استفتوا فى مسألة عرضوها على كتاب الله ثم سنة رسوله فإن وجدوا أحاديث مختلفة فاضلوا بينها بالراوى، فإذا لم يكن حديث نظروا فى آثار الصحابة، فإن لم يجدوا فيها الحكم أعملوا الرأى أو توقفوا عن الإفتاء على حسب درجاتهم فى البعد عن الرأى والقرب منه، ولذا فإنهم كانوا يكرهون الفقه الافتراضى والسؤال عما لم يقع حتى لا يتوقفوا عن الإفتاء أو يلجأ أحدهم إلى الرأى.

(١) ضحى الإسلام جـ ٢ ص ١٦٠

(٢) وفى مرة طلب منه رجل أن يفتيه برأيه فقا ل له : «أنى؟ لعلى إن أخبرتك برأيى ثم تذهب ثم أرى بعد ذلك رأيا غيره فلا أجدك؟» إعلام الموقعين ج١ ص ٧٤.

(٣) وقد روى أن عبد الله بن أحمد بن حنبل قال : «سألت أبى عن رجل يكون ببلد لا يجد إلا صاحب حديث لا يعرف صحيحه من سقيمه، وأصحاب رأى فتنزل به النازلة، فقال أبى : يسأل أصحاب الحديث ولا يسأل أصحاب الرأى. ضعيف الحديث أقوى من صاحب الرأى» المرجع السابق ص ٧٦.

وعلى كل فإن هـذه النزعة لم يكتب لهـا البقاء طويلا حـيث اختـفت بوفاة الإمام الظاهرى، وصار كل الفقهاء يغوصون بحثا على المعانى، وأكثروا من الفتوى فيما وقع، ومـا يفترض وقوعه، وتناظر الجمـيع فى عويص المسائل. والحق أنه لو قدر لأهل هذه النزعة الغلبة لما وصل إلينا هذا التراث الفقهى العظيم[(١)].

أثر هذه المدرسة فى السنة : هذه المدرسة فى الواقع وإن كـان لها فضل المحافظة على الحديث وجمعه إلا أنها كانت سببا غير مباشر لوضع الأحاديث المكذوبة على الرسول[(٢)]، لأنه لما كان أئمة هذه المدرسة لا يتجهون إلى الرأى لحل المشاكل التى لم يرد فيها نص، وقد كان أخلاط المسلمين من الأمم المختلفة، فيهم من لم يصل الإيمان إلى قلبـه وأعماق نفسـه فلا يتحرجون مـن اختلاق رواية فى الحديث لتأييـد مدعاهم[(٣)]، فوضـعت أحاديث مكذوبة ونسبت للرسول وضعـها القصـاصون والمتـعصبـون لمذهب من مذاهب العـقائد، كـما وضع الزنادقـة أيضا أحـاديث مكذوبة سعـيـا فى إفسـاد الشريـعة وتشكيك الناس وتـرويجا لبـضاعـة القصاص، وكثرت الأحاديث عن أيام الصحابة وكبار التابعين، كما رويت أحاديث ضعيفة يأباها المنطق والعقل، وبهذا صدق قول النبى ﷺ : «سيكون فى آخر أمتى أناس يحدثونكم ما لم تسمعوا أنتم ولا آباؤكم فإياكم وإياهم»[(٤)] وقد أنذر الرسول هؤلاء بقوله : «من تعمد علىّ كذبا فليتبوأ مقعده من النار».

والواقع أن شـيـئـا من ذلك لم يؤثر فى الفـقه، لأن الفـقـهـاء حرصـوا كل الحرص على تبـين الحديث الصحـيح من غيره، بل كانوا كـلما فشا الوضع اشـتد

---

(١) راجع فى هذا المعنى أستاذنا الشـيخ السنهورى ص ٤٧ من مذكراته فى تاريخ الفقـه المشار إليها قبل، غير أن فضيلته يرى أنها اختفت بوفاة الإمام أحمد بن حنبل.

(٢) وقد ألف السيوطى كـتابا من جزأين عنوانه «اللآلئ المصنوعة فى الأحاديث الموضـوعة» كما أن البخارى ومسلما وغيرهما من أصحاب الكتب الصحاح بذلوا مجهودا عظيما لمعرفة الصحيح من غيره . . . ولذا نجد علماء الحديث قد وضعوا فن مصطلح الحديث.

(٣) وقد كان هذا فى العراق أكـثر منه فى الحجاز لكثرة هؤلاء فيـها، ولوجود تيارات مختلفـة فيها اوجدت الشيعة والمعتزلة والمرجئة وغيرهم.

(٤) صحيح مسلم جـ١ ص ٩ وشـرحه النووى جـ١ ص ٧٨، راجع اللآلئ المصنوعة فى الأحاديث الموضوعة جـ ٢ ص ٤٦٧ / ٤٧٤.

حذرهم وزادت يقظتهم، وما يوجد فى كتب الفقه من بعض الأحاديث الضعيفة بقصد الاستدلال على صحة حكم أو فساده فإنها فى الحقيقة لم تكن أساس الاستنباط، وإنما نقلها المتأخرون من الفقهاء لمجرد تأييد وجهة نظر إمامهم أو مذهبهم.

مدرسة الرأى : كانت الكوفة - إحدى مدن العراق - تعاصر المدينة فى احتضان الفقهاء وتنوير الأبصار، غير أن الكوفة لم يكن لها أولا ما كان للمدينة من شهرة علمية إلا بعد أن وجدت المذاهب الجماعية وظهر الإمام أبو حنيفة النعمان بفقهه ورأيه المخالف لفقه مدرسة الحديث فى طريق استنباط الأحكام، والبحث عن العلل التى شرعت من أجلها هذه الأحكام، وقد اجتمع لفقهاء هذه المدرسة ما يجعل الرأى ينتشر بينهم ويشيع.

فقد كانت العراق بعيدة عن موطن الحديث الذى لم يكن دوّن بعد، ولم يصلهم منه إلا ما جاءهم مع الصحابة الذين انتقلوا إليهم كعبد الله بن مسعود وعلى بن أبى طالب، وسعد بن أبى وقاص، وأبى موسى الأشعرى، والمغيرة بن شعبة، وأنس بن مالك ممن دخلوا العراق مع جيش المسلمين.

وإذا لوحظ مع ذلك أن فتنة انقسام المسلمين بسبب الخلافة كان منبعها العراق، وفيها ترعرعت فكرة الشيعة، ونبتت فكرة الخوارج، كما أن بها من أخلاط المسلمين من لم يصل الإيمان إلى أعماق نفسه ممن لا يتحرجون من وضع الأحاديث[1].

كما أن البيئة نفسها ووجود نظم وعادات تطبّع بها الناس اقتضت أن توجد حوادث وقضايا كثيرة لم يكن لها مثيل من قبل فى عهد الرسالة، ولا فى مدينة الرسول.

---

(١) وقد كان الإمام مالك يسمى الكوفة «دار الضرب» أى صنع الأحاديث وسكها كما تصنع الدراهم وتضرب.

كما أن فقيههم الأول الذى تأثروا بمنهجه الفقهى، هو عبد الله ابن مسعود[١] الذى تشبع برأى عمر فى الأخذ بالرأى والبحث عن علل الأحكام حيث لا نص.

وكما أن مدرسة الحديث لم تقتصر على فقهاء المدينة، فكذلك مدرسة الرأى فإنها لم تقتصر على فقهاء العراق، اللهم إلا إذا نظرنا إلى المذاهب الجماعية، وقد سبق الإشارة إلى هذا.

كان عبد الله بن مسعود ـ الصحابى الجليل ـ بحق هو مؤسس هذه المدرسة وزعيمها، فإن الكوفيين اجتمعوا حوله وقد بعثه عمر فيهم قاضيا ومعلما فأحبوه وتأثروا به[٢].

وكان من أشهر أصحابه فى الكوفة وعمد مدرسته : علقمة بن قيس النخعى توفى سنة ٦٢هـ والأسود بن زيد النخعى توفى سنة ٧٥هـ، ومسروق بن الأجدع الهمدانى توفى سنة ٦٣هـ ، وعبيدة بن عمرو السلمانى توفى سنة ٧٢هـ، وشريح ابن الحارث القاضى توفى سنة ٨٢هـ، والحارث الأعور. وهم جميعا من فقهاء القرن الأول حيث ماتوا ما بين سنة ٦٢، ٨٢هـ.

وتزعم هذه المدرسة بعد ذلك فقيه المعى له شخصية تشريعية خصبية نشأ من بيت جل أهله فقهاء، هو إبراهيم النخعى الذى أدرك بعض الصحابة أمثال أبى سعيد الخدرى والسيدة عائشة[٣] وتلقى الرواية والفقه فى مدرسة ابن مسعود،

---

(١) يروى أن أبا عمر الشيبانى قال : كنت أجلس إلى ابن مسعود حولا لا يقول قال رسول الله فإذا قالها استقلته الرعدة من شدة الخوف من أن يكون الحديث مكذوبا، راجع إعلام الموقعين جـ ١ ص ٢٢.

(٢) حقا إن على بن أبى طالب دخل الكوفة وكانت هى عاصمة الخلافة فى عهده، إلا أن قصر الفترة وما صاحبها من فتن وحوادث وانقسامات جعلت أثره الفقهى ـ فى غير شيعته ـ غير ظاهر، وينقل لنا ابن قيم الجوزية فى إعلام الموقعين جـ ١ ص ١٧ «عن الأعمش عن إبراهيم النخعى أنه كان لا يعدل بقول عمر وعبد الله إذا اجتمعا، فإذا اختلفا كان قول عبد الله أحب إليه لأنه كان ألطف» وينقل لنا عن أبى موسى أنه قال «لمجلس كنت أجالسه عبد الله أوثق فى نفسى من عمل سنة» وكان يقول لأصحابه وتلاميذه : «كونوا ينابيع العلم مصابيح الليل» راجع مجمع الأمثال للميدانى جـ ٢ ص ٣٧٤.

(٣) ولكنه لم يسمع منها فقها.

وكـان لسان فـقـهـاء الكوفـة، ثم تزعم هذه المدرسة بعـد ذلك الإمـام أبو حنيفـة النعمان، الذى نسب له أكبر مذاهب الرأى الجماعـية انتشارا والذى كان مـعاصرا لأكبر مذهب جماعى انتشارا فى مدرسة الحديث وهو مذهب الإمام مالك.

طابع مدرسة الرأى ومسلكها فى الاستنباط :

طابع هذا المدرسة ينحصر فى أن شرع الله قـد اكتمل وبين قبل وفاة الرسول وأن شريعة الإسلام معقولة المعانـى مبنية على أصول محكمة، وعلل ضابطة لتلك الأحكام. فكان فقهـاء هذه المدرسة يبحثـون عن تلك العلل التى شرعت الأحكام من أجلها ويجعلون الحكم دائرا معها وجـودا وعدما، من أجل هذا نجد فقهاء هذه المدرسة لا يتهيـبون أى مسألة أو فتوى، وإنما يرحبون بكل اسـتفتاء أو فرض، ولا يشترطون لإجابتهم أن تكون المسألة واقـعية، وإنما كل الذى يعنيهم أن يبينوا حكم الله فيها على افتراض وجودها. بل كان الفقـهاء أنفسهم يفترضون المسائل ويقلبون الفتيا على جميع وجوهها ثم يستنتـجون لكل فرض حكمه حتى عرفوا بالأرأيتيين، ووجد الفقه الافتراضى أول ما وجد عندهم.

وهم وإن كانوا لا يتهـيبون الفتيـا، بل يبحثون عنهـا، إلا أنهم كانوا يهابون رواية الحـديث ورفع سنده لرسـول الله مخـافـة أن يكون الحـديث مكذوبا، وفى الواقع أن عدم تهـيبـهم الفتوى وافـتراضــهم المسائل كـان سببـا فى تضخم الفـقه الإسلامى وكثرة أحكامه، كما أنه كان دافعا لفقهاء المدرسة الأخرى من إبداء رأيهم فى المسائل المفترضة عند علمهم بها مما أمات النزعة الأولى على ما قلنا.

أسباب الاختلاف : الدليل الذى يستند إليه الفقيه قد يكون قطعى الثبوت والدلالة[1] وهذا لا يمكن أن يكون الحكم الذى ينتجه محل اخـتلاف الفقهاء وإن

---

(١) آيات القرآن كلها قطعـية الثبوت لأنها نقلت إلينا من الرسول بالتـواتر وكذلك السنة المتواترة، ومنها السـنة العملية مثل مـا جاء فى أداء الصلاة والصوم فإنها أيضا قطعية الثـبوت، أما ما عدا المتواتر فهو ظنى الثبوت، والإجماع إذا تحققت أركانه كان الحكم المجمع عليه واجب الاتباع لأنه حكم شرعى قطعى لا مجال لمخالفته، وكل مـا هو قطعى الثبوت أو ظنى الثبوت إذا نظرنا إليه=

وجد فهو خلاف لا اختلاف، أما إذا كان الدليل ليس كذلك بأن كان ظنيا فى الدلالة أو فى الثبوت أو فيهما معا فإنه يصح أن يكون محلا لاختلاف الفقهاء، وإن كنا قد أشرنا قبل إلى منشأ اختلاف الفقهاء إلا أننا سنبرزها بشكل أوضح فى الآتى[1] :

(أ) الكثير من الأحكام جاءت فى مصادر الشريعة مجملة تحتاج فى فهمها واستنباط الأحكام منها إلى شىء من الفكر والتأمل، والعقل البشرى يختلف فى طاقته وقوته، ويتبع ذلك تفاوت الفقهاء فى فهم أسرار الشريعة وعللها.

(ب) ورود اللفظ فى النصوص يفيد أكثر من معنى، فيأخذه كل فقيه على معنى من معانيه كلفظ (قرء) فإنه يطلق فى اللغة بمعنى الطهر وبمعنى الحيض ويترتب على ذلك اختلافهم فى عدة المطلقة هل هى تتربص ثلاثة أطهار أم ثلاث حيضات.

(جـ) تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو على نوع من أنواع المجاز ونريد بالحقيقة استعمال اللفظ فى المعنى الذى وضع له فى اصطلاح المخاطبين، وبالمجاز استعمال اللفظ فى غير ما وضع له فى اصطلاحهم لعلاقة وقرينة مانعة، وإن كان المقرر أنه لا يصار إلى المجاز ما أمكنت الحقيقة، إلا أنهم اختلفوا فى بعض النصوص هل إرادة الحقيقة فيها ممكنة أم لا، ومن أمثلة ذلك ما فهموه من حديث: «لا صلاة لمن لا يقرأ الفاتحة» فحمله الجمهور على الحقيقة وأبطلوا الصلاة من غيرها، بينما حمله الأحناف على المجاز لعموم قول الله: ﴿فاقرءوا

= من ناحية دلالته فإما أن يكون قطعيا فى الدلالة أيضا مثل آية ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾ فهنا لا مجال للقول بغير هذا النصيب، وإما أن يكون ظنيا فى الدلالة رغم أنه قطعى الثبوت مثل قوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فلفظ قرء يحتمل أكثر من معنى واحد، فهو فى اللغة يطلق على الحيض كما يطلق على الطهر، وليس محل دراسته هنا وإنما فى مادة أصول الفقه .

(١) راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ ١ ص ٢/٥، سبب اختلاف مذاهب الفقهاء للدهلوى، أسباب اختلاف الفقهاء للأستاذ الشيخ على الخفيف، ظهر الإسلام جـ٣ ص ٥٣ .

ما تيسر من القرآن﴾ وما فهموه فى آية الوضوء : ﴿**. . . أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا . .**﴾ هل يراد اللمس حقيقة أو مجازا فمجرد السلام باليد ينقض الوضوء، أو المراد هو المعنى المجازى فقط وهو الوطء(١).

(د) التعارض والترجيح بين ظواهر النصوص ـ إذ الحقيقة أن أحكام الشرع غير متناقضة ـ والتعارض هو اقتضاء كل من الدليلين عدم ما يقتضيه الآخر، مثل التعارض الظاهر بين ما روى أن النبى ﷺ كان يصبح جنبا وهو صائم، وما روى عن الرسول : «**من أصبح جنبا فلا صيام له**» فالواجب على الفقيه أن يحكم بنسخ المتقدم منهما إن علم تاريخهما وكانا فى قوة واحدة، وإلا فإنه يرجح أحدهما على الآخر(٢).

(هـ) اختلافهم فى مفاد الأمر الذى لم يسبق بحظر أو تحريم، فمنهم من يرى أنه يقتضى الندب، ومنهم من يرى أنه يقتضى الإباحة، ومنهم من يرى أنه مشترك بين الوجوب والندب والإباحة، والقرينة هى التى تعين(٣).

(و) إعمال النص بإطلاقه أو تقييده بالقيد الوارد فى نص آخر مثل قوله تعالى فى كفارة الظهار : ﴿**فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا**﴾ وفى كفارة القتل الخطأ يقول الله تعالى : ﴿**فتحرير رقبة مؤمنة**﴾ فالأحناف لا يحملون المطلق على المقيد بل يعملون بكل واحد منهما فى موضعه، والجمهور يحملون المطلق على المقيد.

---

(١) راجع تفصيل ذلك فى كتب الأصول وفى أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ على الخفيف.

(٢) راجع كتب الأصول وكشف الأسرار للبزدوى جـ ٤ ص ١١٩٦.

(٣) جمهور الفقهاء يرون أن الأصل فى الأمر أنه يفيد الوجوب ولا يصرف عنه إلى غيره إلا بقرينة. ونظرة الفقهاء تختلف فى وجود هذه القرائن؛ ولذا كانت معرفة ما تدل عليه الأوامر مجالا للاجتهاد ومحلا للخلاف، فمثلا الأمر الوارد فى قوله تعالى : ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب . .﴾ ذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن الأمر هنا للندب والإرشاد بدليل قوله تعالى : ﴿فإن أمن بعضكم بعضا . .﴾ لكن الظاهرية يرون أن الأمر هنا للوجوب، راجع لنا فى ذلك مباحث الحكم عند الأصوليين.

(ز) كانت السنة إلى هذا العهد لم تدون، فتفاوت الفقهاء فى حفظها والعلم بها فقد تعرض حادثة على فقيه يحفظ فيها سنة عن رسول الله فيقضى بها، وقد تعرض نفس الحادثة على الآخر لم يحفظ فيها سنة فيحكم فيها بالاجتهاد والرأى.

(ح) تناقل الناس رواية الحديث وهم متفاوتون دقة وإدراكا، وقد يسمع الصحابى من النبى فى واقعة حكما، ويسمع الآخر فى مثلها خلافه، وتكون هناك خصوصية فى أحدهما اقتضت تغير الحكمين، وغفل أحدهما عن الخصوصية أو غفل عن نقلها مع الحديث(١) فتبع هذا اختلاف فى الرواية قد يتبعه تحريف يغير من المعنى(٢). فتبع ذلك أن تصح رواية الحديث فى نظر بعض الفقهاء فيأخذوا به، ولا تصح عند غيرهم فيقدموا عليها دليلا آخر.

(ط) اختلاف البيئة والعادة، وتغاير العرف بين الناس باختلاف الأقطار وتفرق الفقهاء فيها.

(ى) الاختلاف السياسى الذى أدى إلى وجود الشيعة والخوارج والمرجئة فكانوا لا يأخذون بحديث ينفرد بروايته أنصار معاوية، كما أن كل فريق لا يأخذ بحديث ينفرد بروايته الآخر، وخاصة فيما يتعلق بنظام الحكم والقضاء.

(ك) القياس نفسه كمصدر للفقه كان محل خلاف بينهم فى مرتبته مع خبر الآحاد من السنة، بل كان الأخذ بالقياس نفسه قد وجد من الفقهاء من رده ولم يعتبر مصدرا، وكذا اختلافهم فى بعض الأدلة والاعتماد عليها كالاستحسان، والاستصحاب، والمصالح، وقول الصحابى.

---

(١) كتاب أصل الشيعة وأصولها للشيخ محمد الحسن آل كاشف الغطاء ص ٧٨.

(٢) كان من الصحابة من يسمع الحديث من الرسول فيرويه بنفس اللفظ أو بلفظ قريب منه. ويسمى راو أو محدث، أما إذا روى الحكم الذى استفاده من الرواية بحسب نظره واجتهاده فهو مفت وصاحب رأى.

(ل) اختلافهم في تعريف الإجماع هل هو ما يجمع عليه مجتهدو أهل المدينة في عصر من العصور، أم ما يجمع عليه مجتهدو الأمة الإسلامية كلها في عصر من العصور، وترتب على ذلك أن أنكر بعض الفقهاء حكما مصدره إجماع أهل المدينة.

اختلاف الفقهاء كان لا ينتج فرقة:

والاختلاف في الرأى ما دام بعيدا عن العقيدة وأصول الدين ومبادئه الضرورية فإنه يجب الا يكون سببا في الفرقة والانقسام أو مثارا للنزاع وخاصة أن الفقهاء جميعا يأخذون أحكامهم من أصل متفق عليه وإن اختلفوا في فهم الفاظه ومقاصده لأن من طبيعة البشر تفاوت الفهم والقدرة على الاستيعاب، بل الاختلاف هنا دليل النضج الفكرى.

وينبغى أن يتسع افقنا لتفهم كل الآراء وأن تتسع صدورنا لكل الأشخاص ما دامت الغاية واحدة، والبحث العلمى مباح لكل من هو أهل له. فمن بحث وثبت عنده الحكم المختلف فيه وقام في نظره الدليل أخذ به وطرح الرأى المخالف في هوادة دون تسفيه أو تشهير، وقد كان السلف الصالح إذا استطاعوا أن يصلوا بالإقناع والحجة البينة إلى الاتفاق في شيء مما اختلفوا فيه فبها، وإلا فيحتفظ كل منهم بما يراه، ويعذر الآخرين ويحسن الظن بهم، وكان يرى كل واحد منهم عند الاختلاف في مسألة فقهية أن رأيه صواب يحتمل الخطأ، وأن رأى غيره خطأ يحتمل الصواب.

وينبغى أن نشير إلى أن الاختلاف إنما تنشأ عنه أقوال فقهية يعتد بها إذا كان نتيجة اجتهاد صادر ممن هو أهل له، وصادف محله فلم يكن اجتهادا في مقابلة نص أو إجماع، أو قولا بلا دليل.

أما إذا حدث الاجتهاد من غير أهله أو في غير محله، أو كان في مقابلة نص، فما هو إلا إحداث أمر في دين الله ليس منه، ويكون ذلك خلافا لا اختلافا[1]

(١) وفى الواقع أن معرفة الخلاف من الاختلاف، أو تبين الحد الفاصل بينهما من الصعوبة بمكان، ولا يقدر على معرفته إلا المجتهدون فلا ينبغى الإسراف في القول واتهام الفقهاء بأن أقوالهم خلاف لا اختلاف لمجرد مخالفتها لمذهب الناقد أو لرأيه.

وينبغي أن يرد دون اعتبار لأن الرسول عليه السلام يقول : «من أحدث في ديننا ما ليس منه فهو رد».

أثر اختلاف الفقهاء في الفقه : ينبغي أولا أن تعرف أن الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها وإن كثر الخلاف. كما أنها في أصولها كذلك ترجع إلى قول واحد، بمعنى أنه لا يوجد فيها ما يفهم قولين متناقضين، وإنما أدلتها سالمة من التعارض في ذاتها رغم وجود التعارض والاختلاف في فهم المتأمل فيها وظنه[1]. يدل على هذه الدعوى قول الله تعالى [2] : ﴿**ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا**﴾ وقوله تعالى[3] : ﴿**فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول**﴾ فرد المتنازعين إلى مصدر التشريع ليرتفع الخلاف وقوله تعالى[4] : ﴿**ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات**﴾ أي من بعد ما جاءتهم الشريعة. كما أنه لو كان في الشريعة اختلاف لترتب عليه التكليف بالمتناقضين : افعل الشيء ولا تفعله، وهذا يؤدي إلى التكليف بما لا يطاق ولا يفهم معه مقصد الشارع.

والشريعة غير الفقه كما علمت، إذ الشريعة هي مجموعة الأوامر والنواهي التي يشرعها الله للأمة على يد رسول منها، أما الفقه فهو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من النصوص أو القواعد العامة. وما دامت الأحكام الفقهية في الغالب طريقها الاجتهاد والاستنباط والناس متفاوتون في هذا تبعا لاختلاف طاقتهم، والبيئة التي تأثروا بها فإن ما يستنبطونه من الأحكام يكون مختلفا تبعا لذلك. ولذا قيل : إن أغلب أحكام الفقه ظنية.

وما كان اختلاف الفقهاء مفسدا أو ضارا. وإنما كما يقول الرسول عليه السلام : «اختلاف أمتي رحمة» أي اختلافهم الناشئ عن اجتهاد فيه رحمة للناس

(١) راجع الموافقات للشاطبي جـ ٤ ص ٦٤/ ٧٢ فقد بحث الموضوع بحثا وافيا.
(٢) سورة النساء جـ ٥ / ٨٢.
(٣) سورة النساء جـ ٥ / ٥٩.
(٤) سورة آل عمران جـ ٤ / ١٠٥.

واسعة، يؤيد هذا المعنى قول الرسول ﷺ : «أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم». ونحن إذا تتبعنا القوانين الوضعية فى مختلف العصور لوجدناها فى الغالب تأتى بأحكام كلية، ثم يأتى الشراح فتتباين وجهات نظرهم وتتضارب آراؤهم وخاصة عند تطبيق تلك الكليات على الجزئيات التى تندرج تحتها، تبعا لاختلاف أفهامهم واتجاهاتهم، ثم ينتج عن اختلاف الفهم والتطبيق اختلاف الأحكام وتناقضها فى الدعاوى المتشابهة، مع أن مصدر الأحكام واحد متفق عليه فى ذاته وهو النص القانونى وإن اختلفت الآراء حول مفهومه.

ومع هذا فلم يقل أحد مطلقا بأن مثل هذا الاختلاف بين الفقهاء فى فهم القانون الذى وضع لبيئة معينة مما يعيبه؛ فلا يقال إن مثل هذا الاختلاف بين الفقهاء فى فهم قواعد الشريعة الكلية وتطبيقها فى مختلف العصور والنواحى مما يعيبها!.

فاختلاف الفقهاء أمر يتفق مع طبيعة الاجتهاد، وأنه نتيجة حتمية لذلك، وأن الفقهاء جميعا يحومون حول قصد الشارع كل يبتغى الوصول إليه، وكل مجتهد يعتقد أن ما وصل إليه الحق[1] وهو قصد الشارع، ولذا فإن كل مجتهد يثبت لنفسه قولا واحدا لا قولين معا، والمجتهد على كلٍّ مثاب على ما بذل من جهد، يقول الرسول ﷺ : «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن أصاب فله أجران».

ونستطيع أن نقول ونحن مطمئنون أن شريعتنا بقواعدها الكلية تفتح مجالا قويا للفكر الحر والعمل بما يلائم مصالح الناس وإسعادهم.

---

(١) وقد سبق أن أشرت إلى أن الفقهاء مختلفون فى أن الحق واحد أو متعدد، وتفصيل الموضوع سنتناوله عند الكلام عن الاجتهاد، وراجعه إن شئت التوسع فى كتابنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

المبحث الثانى

المذاهب الفقهية المختلفة

التفرق بسبب الخلافة وأثره : إثر وفاة الرسول تشيع بعض المسلمين لعلى ورأوا أن الخلافة يجب أن تكون فى آل بيت رسول الله، وهؤلاء وإن رضخوا- بناء على أمر على لهم- لمبايعة أبى بكر وعمر إلا أنه لم تمت نزعتهم بل بقيت حتى ظهرت بعد اختيار عثمان للخلافة، فاشتد النزاع، ثم قامت الحروب بين الفريقين : وتتابعت الحوادث، وتركت وراءها أحزابا وتكتلوا فرقا فى مواطن مختلفة، ولما وضعت الحرب أوزارها واستقر الأمر للأمويين، انتقلت المشاحنة بينهم إلى الجدل النظرى والمحاجة العلمية، وبدأ الجدل بينهم فى أصول الدين[1] ووُجِدَتْ بسبب هذه الأبحاث مدارس طابعها الواضح هو البحث فى أصول العقيدة مثل الجبرية[2] والمعتزلة[3]

(١) اختلفوا فى بعض الأصول المتعلقة بالعقيدة بدافع الرغبة إلى معرفة المصيب منهم فى النزاع السياسى والمخطىء، وحدا بهم هذا الجدل إلى النقاش فى تعريف الكفر والإيمان. وأدى البحث فى هذا إلى البحث فى صفات الله، هل كلامه وعلمه قديم أو حادث، وفى القضاء والقدر، وهل الإنسان فى أفعاله مخير أم مسير، وفى إرادة الله وأمره، فهل يريد الله الشر كما يريد الخير؟ إلى غير ذلك من الأمور المتعلقة بأصول الدين والبعيدة عن الأحكام الفقهية التى تتعلق بأعمال العباد ومعاملاتهم وسائر شئونهم العملية.

(٢) الجبرية : وأصلهم الجعد بن درهم، أول من تكلم بخلق القرآن، ونفى الصفة عن الله، وقد أخذ عنه هذا جهم بن صفوان الذى كان يعتبر رأس هذه المدرسة ومن أهم مبادئهم أن الإنسان مجبر فى أفعاله. وإذا نسبت الأفعال إلى الإنسان فهى نسبة مجازية لظهورها منه فالإنسان عندهم مسير لا مخير وإيجاب المعارف بالعقل قبل ورود السمع، وهذا المبدأ هو الذى بنى عليه المعتزلة نظريتهم فى التحسين والتقبيح العقليين.

(٣) المعتزلة أتباع واصل بن عطاء ومن مبادئهم أن مرتكب الكبائر فى منزلة وسط بين الإيمان والكفر، بينما الخوارج يعتبرونه كافرا وأهل السنة يرونه مؤمنا فاسقا، والمعتزلة كالجبرية يقولون بنفى الصفات الأزلية وبالتحسين والتقبيح العقليين، فيقولون بسلطة العقل وقدرته على معرفة الحسن والقبيح ولو لم يرد بها شرع وأن للشىء صفة فيه تجعله حسنا أو قبيحا، وجعلوا لإرادة الإنسان سلطانا على ما ينتجه من أفعال؛ ولذا يمكن تسميتهم بأصحاب مدرسة حرية الإرادة الإنسانية، وظهر فيهم فلاسفة ذوو شأن مثل أبو الهذيل محمد العلاف وإبراهيم بن يسار المعروف بالنظام.

والمذهب السلفي(١) ولا يعنينا هنا الكلام عنهم.

كما وجد الجدل بينهم في مسائل أخرى من صميم الأحكام الفقهية تأثرت بهذه الأحداث السياسية، مثل الكلام في حكم الإمامة، ومن أحق بها وما يجب أن يتوافر في الإمام من شروط، ومثل الكلام في حكم البغاة والمحاربين والخروج على الإمام، مما أدى فيما بعد إلى وجود مذاهب فقهية تبعا لذلك.

وسنتكلم أولا عن المذاهب التي كان أساس تكوينها النزاع السياسي وهي مذاهب الشيعة والخوارج، ثم نتكلم عن المذاهب الفقهية المحضة التي جاءت وليدة البحث العلمي والاتجاه في الاستنباط نحو الرأي أو الوقوف عند الأثر وهي مذاهب أهل السنة.

أولا - طريقة تكوين مذهب الشيعة والخوارج : في عهد عثمان انتشرت الجمعيات الهدامة الداعية لخلعه لاستعانته بالأمويين في كل أعماله، وتكون حزب قوي من المسلمين، ينطوي قلبه على البغضاء للأئمة الموجودين، واخذ عبد الله بن سبأ - وهو من يهود اليمن الذين أسلموا - يشعل نار هذه الفتنة(٢) حتى قتل عثمان، وبايع كثير من المسلمين عليا، لأنه أحق بالخلافة في نظرهم، غير أن طلحة والزبير ومعاوية خرجوا عليه لأنه قعد عن نصرة عثمان،

(١) المذهب السلفي : وإن كان أهل السنة في الغالب وعلى رأسهم الثوري ومالك وابن حنبل لم يحاولوا المجادلة في مجال العقائد، وكانت أبحاثهم في المسائل الفقهية؛ إلا أنه يمكن استخلاص آراء أهل السنة في هذه المسائل مما نسب إلى أبي حنيفة في كتابه (الفقه الأكبر) في علم التوحيد، وأن أبا الحسن الأشعري كتب في الرد على المعتزلة بعد أن تركهم - وظهرت له آراء في هذه المسائل ، وكذلك جاء ابن تيمية والغزالي والرازي وبحثوا في هذا مع أبحاثهم في الأحكام الفقهية.

(٢) تنقل في البلاد الإسلامية لإثارة الفتن، فذهب إلى الحجاز ومدينتي البصرة والكوفة ثم الشام، ولما نفاه عثمان من المدينة استقر في مصر ودبر مؤامرة حاكها باسم التشيع لعلي، وأعلن أن الخلفاء الثلاثة غاصبون، ولقن الناس أن لكل نبي وصيا وأن عليا وصي محمد للخلافة وأن الناس لم يعلموا بأمر النبي فظلموا عليا ويلزمهم أن يقروا بحقه، وأن روح الله حلت في كل نبي وقد انتقلت بعد وفاة محمد إلى علي .. ولقد نفاه علي أيضا ولم يرض منه هذا، راجع عقيدة الشيعة، درايت م. رونلد ص ٥٨ وهو معرب، ونشأة الفكر الفلسفي في الإسلام ص ٥٦ والإمامة والسياسة لابن قتيبة.

كما أنه لم يقتص من قتلته بعد، ووقف جمع من الصحابة على الحياد فلم يبايعوا أحدا، وحدثت فتنة من جديد قتل فيها طلحة والزبير فى واقعة الجمل، أما معاوية فقد أحس بحرج موقفه فى القتال فى «واقعة صفين» فإنه أوعز إلى جنوده برفع المصاحف على أسنة الرماح وطلب التحكيم، فانقسم فريق على : ورأى بعضهم قبول التحكيم، لأن الحرب بينهم لإعلاء كلمة الله وقد دعوا إليها، ورأى الآخرون رفضه لأنها خدعة حربية. فاضطر على لقبول االتحكيم تبعا للفريق الأول الأغلب، فانشق عليه الفريق الثانى، وقالوا : إن التحكيم يتضمن الشك فى أيهما المحق مع أنهم حاربوا عن إيمان بأنهم على حق، وخرجوا إلى قرية قريبة من الكوفة اسمها «حرورا» وأمّروا عليهم أحدهم وهو عبد الله بن وهب الراسبى وناوءا عليا فقاتلهم، فدبروا مقتله، فاستقر الأمر لمعاوية ووجدت الفرق الدينية : الشيعة وهم أنصار على، والخوارج وهم ضد فريق على وفريق معاوية من الأمويين. وأهل السنة الذين رضخوا لسلطان ولى الأمر وكانوا بعيدين عن النزاع.

وأيا ما كان فإن عليا نفسه ـ وكان موضع تكريم عند الخلفاء الثلاثة من قبله يستشيرونه ويستعينون به فى الحكم والفتوى والحرب ـ لم يقل عنه أحد أنه ادعى لنفسه سلطة روحية أكثر مما كان لغيره من الخلفاء.

الخوارج «الجمهوريون» وفقههم : كوّن الخوارج من أنفسهم حزبا ثائرا يقوم على أساس دينى، وهو أن الخروج على المنكر والظلم أمر واجب على كل فرد قولا وفعلا، كما يفهم من قول الله تعالى[1]: **﴿يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾** وهم يرون أن السلطان حق من حقوق الله، ليس لأى فرد حق فيه لشخصه، حتى يتملكه ويورث عنه، ومن ناحية أخرى فإن مذهبهم يقوم على أساس أن الحكم ما دام تحت سلطان الدين فإنه إذا تصادم الدين مع الجماعة الحاكمة انحازوا إلى جانب الدين وخرجوا على الجماعة الحاكمة، فالتقصير فى أمر من أمور الدين يعتبر عندهم خروجا على الدين وكفرا به، ولذا نستطيع القول بأن مذهبهم قام على نقطتين أساسيتين :

(١) سورة التوبة جـ ٣ / ٧١.

الأولى: نظرية الخلافة وهى أنها يجب أن تكون وليدة انتخاب حر من المسلمين وإن كان المرشح لها عبدا. كما يرون أنها تتعدد باختلاف الديار، ومن ينتخب ليس من حقه أن يتنازل أو يحكّم، فإذا انحرف وجب عزله، فهم أشد الفرق الإسلامية معارضة لقيام الملكية والحكم المورث.

النظرية الثانية: أن العمل بأوامر الدين جزء من الإيمان فمن آمن بالله ورسالة محمد عليه السلام ولم يعمل بفروض الدين فهو كافر عندهم.

كما أنك تجد لهم طابعا فقهيا خاصا، فمثلا الطهارة الواجبة للصلاة يرون أنها ليست طهارة البدن فقط، وإنما هى طهارة النفس أيضا. وطهارة اللسان من الكذب والقول الباطل الضار بالغير، وبغير ذلك لا تتم الطهارة التى يتوقف على تحققها صحة الصلاة، وتبعا لذلك فإن الوشاية والعداوة بين الناس والقول الفاحش تخرج الشخص من الطهارة، أى مبطلة لوضوئه.

كما أنهم ذهبوا إلى تخطئة القائلين برجم الزانى المحصن[1] ، وقالوا إن الواجب هو حد الجلد لعموم قول الله تعالى: **﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾**.

كما أنهم اتجهوا إلى قصر تحريم الزواج بسبب الرضاع على من نصت عليهم الآية: **﴿وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾** كما أجازوا الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها[2]، وانقسم الخوارج إلى فرق[3]، أشهرها الأباضية.

---

(١) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ١٥٧ «ولا نعلم مخالفا في وجوب رجم المحصن رجلا كان أو امرأة إلا الخوارج فإنهم قالوا الجلد للبكر والثيب. وقالوا لا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع لأخبار آحاد يجوز الكذب فيها، ولأن القول به يفضى إلى نسخ الكتاب بخبر الواحد من السنة.

(٢) راجع المغنى جـ ٦ ص ٥٧١، ٥٧٣ وراجع أيضا رد ابن قتيبة عليهم فى تأويلهم مختلف الحديث ص ٢٤١/ ٢٥.

(٣) ومنها **الأزارقة** أصحاب نافع بن الأزرق، **والنجدية** أصحاب نجدة بنى عامر، **والصفرية** أصحاب عبد الله بن صفار السعدى، راجع تاريخ الجمعيات السرية والحركات الهدامة لمحمد عبد الله عنان، فجر الإسلام لأحمد أمين، تاريخ الإسلام السياسى لحسن إبراهيم، نهاية الأرب للنويري، وعيون الأخبار لابن قتيبة.

الإباضية : نسبة إلى عبد الله بن إباض التميمى، توفى بالبصرة سنة ٨٥ أو ٨٦ للهجرة، وكان أول ظهور هذا المذهب فى البصرة فى منتصف القرن الثانى الهجرى وهم يرون أن الإمامة تتعدد باختلاف الأوطان، وهم متفقون مع المذاهب الأربعة فى كثير من مسائل الفقه، ومن أهم ما يعرف عنهم من مسائل الفروع إجازتهم الوصية للوارث إذا أجازها الورثة، وقولهم بالوصية الجبرية كما أسقطوا حق الشفعة بتنازل الشفيع عنها ولو قبل البيع، وكذا إذا كان البيع من الأب لابنه أو العكس أو من أحد الزوجين للآخر وأبطلوا نظام الوقف فى غير المسجد.

ومصادر الفقه عندهم الكتاب والسنة والإجماع والقياس عند انعدام النص، غير أن القياس عندهم لا يعمل به ما دام هناك نص حتى ولو خبر آحاد، فالقاعدة عندهم : «لاحظ للنظر مع عدم وجود الأثر» ولهم مؤلفات كثيرة فى الفقه والحديث.

والإمامة عندهم ببلاد عمان شرق جزيرة العرب، ولهم أتباع بشمال أفريقيا بالجزائر وطرابلس(١).

الشيعة «الملكيون» : وهم الذين قالوا إن عليا أحق بالخلافة لأنها ميراث أدبى عن الرسول، وأنه موصى له بها منه، وأطلقوا عليه وصى رسول الله، وقالوا : إن كل خليفة يجب أن يوصى بمن يخلفه.

فالإمامة عندهم ركن من أركان الدين لا يجوز لنبى إغفالها، ولا تفويض أمرها للأمة، وليست من المصالح العامة التى تفوض إلى نظر الأمة لينتخبوا من بينهم أصلحهم.

---

(١) وقد التقيت بوكيل إمارة عمان السيد الفاضل الشيخ إبراهيم إطفيش وحدثنى عن مذهبهم وانه جاء إلى مصر سنة ١٩٢٣ مبعدا من الفرنسيين. وقال إن من أهم كتبهم فى الشريعة قاموس الشريعة، ومنهاج الطالبين، والإيضاح، وديوان الأشياخ، والضياء، والجوهر النظام، وشرح النيل، وهو كتاب قيم مطبوع بمصر . وقد توفى بمصر ودفن بها فى أواخر سنة ١٩٦٥.

وقد أجمعوا على أن الخلافة بالتالى للإمام على وولديه الحسن والحسين ثم على زيد العابدين بن الحسين، وتفرقوا بعد ذلك إلى عدة فرق[١] بسبب الخلافة من أشهرها الزيدية والإمامية.

الزيدية : يرون الخلافة فى زمنهم لزيد بن على زين العابدين بن الحسين ابن على بن أبى طالب[٢] ومذهبهم أعدل مذاهب الشيعة وأقربها إلى أهل السنة ومدرسة الرأى منهم خاصة التى استوطنت العراق موطن شيعة على، غير أنهم خالفوا فئة أهل السنة فى بعض مسائل منها : أنهم حرموا أكل ذبيحة غير المسلم، ولم يجيزوا المسح على الخفين فى الطهارة، ولم يجيزوا الزواج بالكتابيات أخذا من قوله تعالى[٣] : ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ كما أنهم خالفوا غيرهم من مذاهب الشيعة فى مسألة نكاح المتعة فأبطلوه موافقين فى ذلك مذاهب أهل السنة.

أما فى مسألة الخلافة فيرون جواز إمامة المفضول مع وجود الأفضل، ولا يرون الإمامة بالنص. بل هى جائزة فى كل فاطمى مجتهد شجاع فى الحق زاهد يخرج على السلطة مطالبا بالخلافة، ولذا كثر فيهم المجتهدون وانتشرت آراؤهم فى الفقه ولا يزالون حتى الآن باليمن.

وقد أسس يحيى بن الحسين حفيد القاسم الرسى حكومة الزيدية فى اليمن سنة ٢٨٨هـ وكان هو الإمام الأول بصنعاء، ومن أشهر كتبهم «المجموع» وهو يحوى الأخبار والفتاوى التى رويت عن الإمام زيد بن على، وكتاب الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير لشرف الدين الحسين بن أحمد المتوفى سنة ٢٢١هـ.

(١) فمنهم من يرى جعلها فى ولد فاطمة بنت النبى وزوجة الإمام على بالنص عليهم واحدا بعد واحد وهم الإمامية، ومنهم من جعلها فى ولدها ولكن بالاختيار وهم الزيدية، ومنهم من جعلها بعدهم إلى محمد بن الحنفية وهم الكيسانية.

(٢) كان متضلعا فى علوم القرآن والفقه وسمى حليف القرآن، وتتلمذ لواصل بن عطاء رأس المعتزلة، خرج على هشام بن عبد الملك فقتله وصلبه سنة ١٧١هـ؛ ونسب إليه كتاب عظيم فى الفقه الإسلامى اسمه «المجموع الكبير» وقد تعددت شروحه فيما بعد.

(٣) سورة الممتحنة ٢٨ / ١٠.

الإمامية الاثناعشرية «الجعفرية» : سمـوا بذلك لأن لهم اثنى عـشـر إماما[1].

وفى الواقع أن الزيدية والإمـامية وإن اتفـقا على القول بـالإمامة إلا أنهـما يختلفان بشأنها. فيرى الزيدية أنهـا لا تقف عند عدد معين، والإمام عندهم يعرف بالوصف الذى يجب أن يتحقق فيه. أما الإمامـية فإن الأئمة عندهم اثنا عشر فقط وعرفوا بالنص.

وقد خالف الإمـامية أهل السنة فى بعض مسائل الإرث اختـلافا جوهريا فى بعض النواحى، واختلافا جزئيا فى نواح أخـرى، ويتفقون كل الاتفاق مع المجمع عليه فى المذاهب الأربعة أحـيانا ويختلفون مع البـعض الآخر فى مواضع[2]، كما يخالفون أهل السنة فى كثير من المواضع أهمـها : أنهم لا يعترفون بالإجماع الذى هو اتفاق علمـاء الأمة[3]، ولا يعترفون بالقـياس باعتبارهما من مـصادر التشريع، لأن لله فى كل مسألة صغـرت أم كبرت حكما معينا عرف للـرسول ولأئمتهم الذين أوصى لهم بالإمامـة مع عصمـتهم عن الخطأ، كمـا يرون أن الكذب على الرسول مبطل للصيـام، ويجب فيه القضاء والكفارة، ويرون تأخـر الفطر إلى زوال الحمرة المشرقية لا بمجرد غياب الشمس، أى أنهم يتأخرون بعض الوقت فى الإفطار. كما أنهم يشتـرطون فى العقود أنها لا تتم إلا بالعـربية لمن يعرفها، ويـرون الطلاق غير

(١) أولهم على بن أبى طالب، والحسن والحسين، وزين الـعابدين، ومحـمد الباقـر وابنه جعـفر الصادق إمام مـذهبهم المتوفى سنة ١٤٨هـ وموسى بن جـعفر، وعلى بن موسى الرضا ومـحمد التقى، وعلى النقى، والحسن العسكرى الزكى، وكان آخرهم محمد المهـدى وهو الإمام الثانى عشر. ويقـولون إنه لم يمت وإنما اختفى ولا يزال حيـال مختفيـا إلى آخر الزمان. ويرون أن علماءهم نواب عنه فى غيـبته. ثم يخرج المهدى فى آخـر الزمان فيملأ الأرض عـدلا كما ملئت جورا، ولذا فهم يسمـونه بالمهدى المنتظر، ومع هذا فهم يعتقـدون بالرجعة. أى أن الله يحيي بعض الموتى ويعيدهم إلى الحـياة الدنيا مستندين إلى قوله تعـالى : ﴿ألم تر إلى الذين خرجوا من ديارهم وهم ألوف حذر الموت فقال لهم الله موتوا ثم أحياهم﴾ سورة البقرة جـ ٢/ ٢٤٣.

(٢) راجع الميراث عند الجعفرية للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة.

(٣) ومع هذا فهم ينظرون إلى الإجماع المعتبر نظرة أخرى إذ يرونه «الاتفاق المشتمل على قول الإمام المعصوم لا مجرد اتفاق العلماء على قول» ولا يقبل الإجماع مع هذا عندهم إلا إذا صدر من أهل البيت. راجع التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٩٨.

واقع إذا لم يصدر أمـام شاهدين[١] لعموم قوله تعالى[٢] ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾.

والطلاق الثلاث فى مـجلس واحد يعتبر عندهـم طلقة واحدة[٣] ولا ينعقد الطلاق عندهم بالحلف، ويمنعـون تزوج المسلم بالكتـابية، ولا يعـتبـرون الرضاع محرمـا للزواج إلا إذا بلغ خمس عشرة رضـعة متواليـات من امرأة واحدة من لبن زوج واحد لم يفصل بينهـا رضاع امرأة أخرى، كما يجـيزون زواج المتعة والزواج المؤقت الذى يكون محـددا وقته عند التعاقـد مخالفين فى ذلك جـميع أهل السنة والزيدية من الشـيعة أيضـا. وهم يقصـدون به الزواج من امرأة خالـية من الموانع الشرعيـة. ويلزم فيه عقد ومهـر ويترتب عليه ميراث الولد وعدة الزوجـة بانقضاء المدة أو الانفصال قـبلها. وموطنهم الرسمى فى إيران، ويتبـعهم جمهور كـثير فى العراق ولهم محكمة خاصـة فى لبنان، كما لهم أتباع كثيرون فى الباكـستان ومئات الألوف فى سورية، وفى أفغانستان.

ثانيـا - مـذهب أهل السنة : تختـلف مذاهب أهل السنة الجـماعيـة عند نشأتهـا عن بعضها الـبعض بالقياس إلى مـقدار بعدها عن الرأى أو قـربها منه، أو بعبـارة أخرى كانت عند نشأتهـا موزعة بين مدرسـتين: مدرسة الرأى، ومـدرسة الحديث، وقـد سبق بيان ذلك، إلا أن هذه المـذاهب فقدت مع الأيام فى مـجرى تطورها ما بينها من حدود فاصلة فتقاربت الفوارق والاتجاهات.

والكُـتَّـاب الذين قصـدوا الكتابة قديما عن تاريخ المذاهب، وبيان وجـهاتها متـفاوتون فى نسـبة بعض هذه المذاهب إلى مـدرسة أهل الرأى، أو إلى مـدرسة

---

(١) ويا حبذا لو بحث مـوضوع الطلاق ووضع له تشريع يحد من الفوضى التى عليـها الناس، وقد كتبت فى ذلك فارجع إلى مقالاتى فى جريدة الأهرام فى مارس سنة ١٩٥٣.

(٢) سورة الطلاق جـ ٢٨/ ٢.

(٣) والقانون المعمول به الآن فى مصر على ذلك.

الحديث. فهذا ابن قتيبة[١] يذكر مالكا والشافعى مع أبى حنيفة فى فقهاء الرأى. بينما الشهرستانى[٢] يعد أبا حنيفة بين فقهاء مدرسة الرأى، ويعد مالكا والشافعى وأحمد وداود الظاهرى من فقهاء مدرسة الحديث، وتبعه فى ذلك تقريبا ابن خلدون[٣].

ومع هذا فإنهم لم يختلفوا فى أن الإمام أبا حنيفة وفقهاء مذهبه، من مدرسة الرأى، كما أنهم لم يختلفوا فى أن داود الظاهرى وأحمد بن حنبل ممن يقفون عند الأثر، ولا يتجهون إلى الرأى، ولذا فإنا نستطيع أن نتصور ـ بصرف النظر عن الاعتبارات الأخرى ـ أن داود الظاهرى على رأس مدرسة الحديث من ناحية أنه أبعدهم عن الرأى، ومن بعده أحمد فالشافعى فمالك، وأن الإمام أبا حنيفة على رأس مدرسة الرأى من ناحية أنه أقربهم إليه.

وإنا سنقدم لك تلك المذاهب الأربعة المعروفة فى عرض موجز موليا وجهتى فى التحدث عنها ناحية التاريخ الفقهى، معرضا عن التاريخ الشخصى إلا بالقدر الضرورى، كما أشير إلى بعض المذاهب التى اندثرت وانقرض أتباعها وأصبح لا يعرف عن فقهها شىء إلا متفرقات جاءت فى بطون الكتب القديمة وهى فى جملتها بضعة عشر مذهبا.

أولا ـ المذهب الحنفى، تكوينه ومصادره : برز فى مدرسة ابن مسعود فقيه الرأى فطاحل الفقهاء، فهذا شريح الكندى الذى مارس القضاء حقبة من الزمن مع ميله الشديد للأخذ بالرأى، وكان من بعده الفقيه إبراهيم النخعى فقيه الرأى، وعامر بن شرحبيل الشعبى غير أنه كان ـ رغم دراسته فى مدرسة الرأى- يكرهه ويقف عند الآثار، ولذا فإنه غذى هذه المدرسة بما جمع وحفظ من أحاديث.

ثم جاء من بعدهم حماد بن سليمان فمزج فقه النخعى بفقه الشعبى، ولقن هذا المزيج لتلاميذه بالكوفة، وكان فيهم أبو حنيفة النعمان الذى فاق جميع قرنائه،

(١) المعارف ص ٢١٦/ ٢٣٠. (٢) الملل والنحل ص ١٦٠. (٣) المقدمة ص ٣٧٥.

وتلقى زعامة هذه المدرسة من بعد شيخه حماد والتف حوله الراغبون فى التفقه وبرز منهم أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد اللؤلوى وعملوا معه على تكوين المذهب الحنفى فى القرن الثانى الهجرى فى أواخر العهد الاموى، وأخيرا أطلق الفقهاء على أبى يوسف ومحمد كلمة الصاحبين وعلى أبى يوسف وأبى حنيفة كلمة الشيخين، وعلى أبى حنيفة ومحمد كلمة الطرفين، أما زفر والحسن ابن زياد فإن كلا منهما يسمى باسمه لقصر مدته.

مسلكهم وأصولهم : فقهاء هذا المذهب كما يقول عنهم البزدوى: «يستخرجون المعانى من النصوص لبناء الأحكام»، وقد كان من الضرورى حقا مراعاة الرأى[1] والنظر فى الاستنتاج الفقهى، لأنه كما يقول الشهرستانى : «والنصوص متناهية والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى» والمصدر الذى يرجع إليه فقهاء جميع المذاهب هو القرآن فإنهم لا يختلفون عليه وإن اختلفوا فى فهم مدلوله وإشارته وطرق الاستنباط منه، ومن بعده السنة غير أن فقهاء الأحناف لا يأخذون بالحديث إلا إذا كان متواترا ترويه جماعة عن جماعة، أو كان مشهورا اتفق فقهاء الأمصار على العمل به من العصر الثانى، أو رواه صحابى واحد أمام جمع منهم ولم يخالف فيه أحدهم، إذ يعتبر سكوتهم إقرارا له فإن لم يكن شيء من ذلك نظروا :هل أجمع المسلمون على حكم فإن كان اتبعوه، وإلا أخذوا بالرأى عن طريق القياس والاستحسان، وقد كان تشددهم فى الحديث وعدم أخذهم بخبر الآحاد الذى لم يروه جمع من الصحابة، أو رواه أحدهم، لكنه لم يكن مشهورا عند التابعين، سببا فى توسعهم فى الاجتهاد والرأى.

وقد اجتمع لهذا المذهب من أسباب الانتشار ما لم يجتمع لغيره، ففى العهد العباسى ازداد نفوذه، كما كان المذهب الرسمى للدول التى تأثرت فى تشريعها الفقهى بالحكم العثمانى. كالجمهورية العربية المتحدة، والجمهورية السورية، والسودان، ولبنان، وهو المذهب الذى يتعبد عليه المسلمون من سكان تركيا،

(١) ويشمل الرأى العمل بالقياس كما يشمل ترك القياس والعمل بالاستحسان مراعاة المصلحة.

وبعض البلاد التى خضعت لحكمها كألبانيا، ومثل مسلمى البلقان والقوقاز، وهو المذهب الغالب فى أفغانستان والباكستان والصين والهند، وله أتباع فى العراق، ولقد كان لاتصال أبى يوسف بالخلفاء العباسيين وشدة نفوذه عندهم وتنصيبه على ولاية القضاء، الفضل فى الانتشار السريع الذى لاقاه هذا المذهب(١).

الإمام أبو حنيفة : هو النعمان بن ثابت، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ وتفقه فيها، جلس فى مسجد الكوفة إلى حلقات درس علم الكلام فبرع فيه، وصنف فى ذلك كتابه الفقه الأكبر ثم اتجه إلى دراسة الفقه فدرس على حماد بن أبى سليمان.

كان إماما محققا فقيها أمينا ثبتا فى رواية الحديث لا يروى إلا الصحيح، واسع المال مصدر ماله تجارته، رفض القضاء فى عهد الأمويين والعباسيين فجلد وسجن، ونقل عنه أنه كان يرى فى القضاء ما يعرضه لغضب السلطان إن أرضى الله، وغضب الله إن أرضى السلطان(٢). ومع هذا فقد كانت هناك نزعة بين العلماء للبعد عن السلطان. والظاهر أن تعذيب الإمام لم يكن فى الحقيقة لمجرد رفضه القضاء، وإنما كان لأنه يتهم بالتشيع للعلويين وعدم رضائه عن الدولة العباسية والأموية(٣).

---

(١) يقول ابن حزم : «مذهبان انتشرا فى بدء أمرهما بالرياسة والسلطان : الحنفى بالمشرق، والمالكى بالمغرب».

(٢) ويروى أن المنصور لما استقدم أبا حنيفة وعرض عليه القضاء فأبى «حلف عليه ليفعلن، فحلف أبو حنيفة أيضا بأنه لا يقبل القضاء ولا يتولاه. فقيل له : الا ترى أمير المؤمنين يحلف؟ قال: هو أقدر منى على كفارة اليمين. ويروى أنه قال للمنصور فى هذا : اتق الله ولا تشرك فى أمانتك إلا من يخاف الله، والله ما أنا بمأمون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب؟ إنى لا أصلح لذلك. فقال له : كذبت أنت تصلح، فقال أبو حنيفة : فقد حكمت على نفسك فكيف يحل لك أن تولى قاضيا على أمانتك وهو كذاب؟

(٣) يقول زفر بن الهذيل : «إن أبا حنيفة كان يجهر بالكلام جهارا شديدا ضد المنصور، قلت له والله ما أنت بمنته حتى توضع الحبال فى أعناقنا».

كان لا يأخذ بالحديث إلا إذا كان متواترا أو مشهورا عمل به فقهاء الأمصار(١) ، وهذا يضطره إلى التوسع فى القياس والاستحسان؛ وعرف بالمهارة فى فقه الحديث فسرعان ما يفرّع من الحديث، ويستخرج الأحكام بعد أن تصح روايته فهو لم يخالف حديثا صحيحا بلغه، بل أخذ بالحديث المرسل(٢) إذا رواه الثقات، وكان يعرض أخبار الآحاد على عموميات الكتاب وظواهره، فإذا تعارضا ترك الخبر عملا بأقوى الدليلين، كما أنه لا يأخذ بخبر الواحد إذا خالف سنة مشهورة أو عمل أحد من الصحابة والتابعين فى أى بلد، أو كان قد طعن فيه أحد من السلف، فهو لم يخالف الأحاديث عنادا، وإنما خالفها اجتهادا لحجج واضحة ودلائل صالحة، كما أنه إن قلت روايته فى الحديث فإن مرجع ذلك إلى تشدده فى شروط الرواية والتحمل.

ومع هذا فالمعروف أن تلاميذه من بعده قد جمعوا الآثار من مروياته فهذا مسند الإمام أبى يوسف، وكذا مسند محمد بن الحسن، والحسين بن زياد، وحماد ابن أبى حنيفة وغيرهم، وكانت جملتها خمسة عشر مسندا جمعها الخوارزمى المتوفى سنة ٦٥٥هـ فى كتاب أسماه (جامع المسانيد)(٣) .

والواقع أن أبا حنيفة كان أول من حاول تنظيم الفقه على أساس القياس مما تسبب عنه أول هجوم منظم ضد مبدأ القياس والرأى واستعماله فى الفقه.

كما أنه لم يقف باجتهاده عند المسائل الواقعية، بل كان يفترض المسائل ويقلبها على جميع وجوهها، ثم يستنبط أحكام كل ذلك مما وسع دائرة الفقه وكان

---

(١) قيل عنه أنه كان يجعل للرأى الطليق مكانه الأول بالنسبة للاستنتاج الفقهى، وأنه رد كثيرا من الأحاديث فى سبيل الرأى، وأنه لم يبن مذهبه إلا على سبعة عشر حديثا، وطعن الظاهرية على مذهبه بأنه فلسفة فارسية صيرت الفقه الذى هو من الشريعة المنزلة عملا وضعيا.

(٢) المرسل : هو الحديث الذى لم يذكر فيه اسم الصحابى الذى رواه، وقد أخذ به فقهاء الأحناف والمالكية وغيرهم، وخالف فى الأخذ به الشافعى إلا بشروط ليس هنا محل ذكرها.

(٣) هذا يخالف ما قاله ابن خلدون ص ٣٨٨ من أن رواية أبى حنيفة للحديث بلغت فقط سبعة عشر حديثا.

بحق خير من اشتغل بالفقه التقديرى وفرض المسائل. وقد كوّن مذهبه بطريق الشورى مع أصحابه. تعرض عليهم المسألة فيجيب عنها كل منهم بعد بحث وتمحيص، ثم يرفعونها إليه فينتهى معهم فيها إلى رأى موافق أو مخالف ثم يأمر بكتابته.

ومع هذا فقد تناول فقه الإمام الحيل الشرعية[1]، وخصوصا فى مسائل المعاملات، وعرف بها مذهبه. وهذه الناحية من الفقه جاءت نتيجة السعى وراء التوفيق بين المثل الأعلى والحقيقة الواقعة، والتقريب بين الفقه والحياة. وقد بدأت الحيل أولا فى محيط الأيمان ثم امتدت إلى أبواب الفقه الأخرى، ولا يعد هذا غريبا، وفقهاء الكوفة عموما اهتموا بالحياة العملية واتخذوا الرأى مرجعا مما اضطرهم إلى اتخاذ الحيل لتيسير هذا السبيل.

وبالجملة فإن تعاليم أبى حنيفة فى الواقع ليست أصولا مخترعة من عنده، ولكنها حلقة من حلقات التطور، كما أنه خلق بمذهبه حياة فكرية حرة جعلت الناس ينقسمون فى مذهبه إلى مؤيدين ونقاد ومعارضين، مات سنة ١٥٠هـ.

القاضى أبو يوسف : هو يعقوب بن إبراهيم بن سعد الأنصارى ولد سنة ١١٣ بالكوفة ومات بها سنة ١٨٢هـ. درس على أبى حنيفة فأمده بالعلم والمال، وتفقه قبل ذلك على ابن أبى ليلى ثم رحل إلى المدينة، وأخذ عن مالك الحديث والفقه، ووجد بضاعته تختلف عن بضاعة الإمام أبى حنيفة فوازن وقارن وناظر مالكا وجادله وحاجه، ثم رجع إلى العراق مزودا بعلم الحجازيين وحديثهم، فجمع بين المدرستين وقرب بينهما، كما اشتغل برواية الحديث وحفظ

---

(١) ابتدعت المدرسة الكوفية الحيل الشرعية واهتم بها المذهب الحنفى، والأصل فى شرع الاحتيال قول الله تعالى فى قصة أيوب : ﴿وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث﴾ ولا يجيز مالك وأحمد استعمالها مطلقا. وهى محل تفصيل عند الأحناف والشافعية. راجع لنا الفقه الإسلامى طبعة سنة ١٩٥٧ فى الاحتيال على إسقاط الشفعة، وراجع للدكتور على حسن عبد القادر فى كتابه نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى (الحيل الشرعية) من ص ٢٣٦/ ٢٤٣ واعلام الموقعين جـ ٣ من ص ١٧١.

منه قدرا كبيرا، وكثيرا ما خالف إمامه فى الرأى لاختلاف فى التعليل، أو لرجوعه عن الرأى وأخذه بالأثر الذى بلغه وصح عنده[(١)].

اشتغل بالقضاء من سنة ١٦٦هـ حتى عين قاضى القضاة فكان أول من عين على ولاية القضاء، وقد تعرض لنقد الفقهاء اللاذع فى أول توليه القضاء لبغضهم الاتصال بالحكام، إلا أنه استفاد فى فقهه لأنه خبر الحياة العملية، ومن ناحية أخرى فقد كان داعيا قويا لنشر المذهب الحنفى إذ قصر التعيين فى القضاء على من درسوا هذا المذهب، كما عمل على أن يخصص الخليفة الأرصدة والمكافآت لمن درس الفقه الحنفى، ألف كثيرا من الكتب، وإن كان لم يبق منها سوى : كتاب الرد على سير الأوزاعى، وكتاب الخراج الذى كتبه بتكليف من أمير المؤمنين هارون الرشيد. ليكون أساسا ماليا.

محمد بن الحسن الشيبانى : ولد سنة ١٣٢هـ «بواسط» أثناء سفر والده فى جند الشام إلى العراق، وأصله من قرى دمشق ومات سنة ١٨٩هـ بالرى فى طريقه مع الرشيد إلى خراسان، ونشأ بالكوفة، وأدرك الإمام أبا حنيفة قبل وفاته وتتلمذ عليه فترة قصيرة، ثم درس على أبى يوسف، ثم رحل إلى الحجاز وحفظ الحديث، والتقى بالإمام مالك بالمدينة فدرس عليه الفقه والحديث، ومكث فى المدينة فى طلب العلم أكثر من ثلاث سنين، كما أخذ الفقه أيضا عن الأوزاعى.

جمع كصاحبه من قبله بين مدرستى الرأى والحديث، وعمل على التقريب بينهما! وقد تفوق على أبى يوسف فى الفقه مما أوجد بينهما وحشة فى أواخر الأيام، كما تفقه على الشافعى حينما رحل إلى العراق. كذلك عيسى بن إبان

(١) يقول فى كتابه الخراج : «قد كان أبو حنيفة وابن أبى ليلى يقولان «ليس فيما يخرج من البحر من حلية وعنبر شىء لأنه بمنزلة السمك.»وأما أنا فإنى أرى فى ذلك الخمس والأربعة أخماس لمن وجده لأنا قد روينا فيه حديثا عن عمر رضى الله عنه ووافقه عليه ابن عباس فاتبعنا الأثر ولم نر خلافه.»

المتوفى سنة ٢٢٠هـ، ومحمد بن سماعة المتوفى ٢٢٣هـ، ولى فى عهد الرشيد قضاء الرقة، ولما غضب عليه عزله[١] لكنه قد استدناه منه بعد ذلك.

وقد أفاد محمد المذهب الحنفى أعظم فائدة، من ناحية توليه القضاء، ومن ناحية درسه لفقه المدرستين وحفظه الحديث وقد كان له الفضل من ناحية تفريع المسائل من الأصول، وتدوين الفقه فى كتب كثيرة أشهرها كتب ظاهر الرواية الستة: المبسوط، والزيادات، والجامع الصغير، والسير الصغير، والسير الكبير، والجامع الكبير، وهى تعتبر أصول المذهب الحنفى وتسمى مسائل الأصول. وقد رواها عنه رواة ثقات، وقد جمعت الكتب الستة كلها فى كتاب الكافى لأبى الفضل المروزى المعروف بالحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٤٤ هـ وشرحه جماعة: منهم السرخسى فى كتابه المبسوط، وهناك مسائل أخرى أطلق عليها الفقهاء اسم النوادر، وقد دونت فى كتب[٢] غير ظاهر الرواية.

وبالجملة فقد كان محمد صاحب الفضل الأكبر فى تدوين المذهب، كما وجد فى المذهب ما سمى بالفتاوى والواقعات وهى ما استنبطه مجتهدو المذهب لأحكام لم يجدوها فى كتب ظاهر الرواية وكتب النوادر مثل كتاب الحيل والوقف للخصاف المتوفى ٢٦١هـ، وكتاب النوازل لأبى الليث السمرقندى المتوفى سنة ٣٧٣هـ. وهناك من تلاميذ الإمام أيضا زفر بن الهذيل[٣] والحسن بن زياد[٤].

---

(١) يروى أن الرشيد أقبل فى يوم فقام الناس كلهم إلا محمد بن الحسن، فخرج الآذن ونادى عليه، فجزع أصحاب له، فلما سأله الخليفة مالك لا تقف مع الناس! قال له: «كرهت أن اخرج عن الطبقة التى جعلتنى فيها بأنك أهلتنى للعلم فكرهت أن أخرج إلى طبقة الخدم».

(٢) مثل الهارونيات نسبة إلى ما أملى من مسائل الفقه فى عهد هارون الرشيد، والكيسانيات نسبة إلى راويها شعيب بن سليمان الكيسانى، والرقيات كتاب جمع فيه محمد بن الحسن ما عرض له من المسائل وهو قاضى الرقة، ومنها الجرجانيات وكتاب المخارج فى الحيل وزيادات الزيادات.

(٣) زفر بن قيس ولد سنة ١١٠هـ طلب الحديث وأخذ عن أبى حنيفة فقهه وصار من أهل الرأى، وكان فى القياس أحد من شيخه وأصحابه، أكره على القضاء فأبى واختفى مدة فهدم منزله، فبقى فى المكان الذى هو به مقبلا على العلم والعبادة حتى مات سنة ١٥٨ هـ.

(٤) الحسن بن زياد المتوفى سنة ٢٠٤ تتلمذ على أبى حنيفة وكان يعد من رواة آرائه واشتهر برواية=

هذا وإن كان الاختلاف بين آراء أبى حنيفة وكل من صاحبيه ليس أقل من الاختلاف الحاصل فى المذاهب المختلفة إلا أنه مما لاشك فيه أن الذى كان بين آراء الأئمة لم يبق على ما هو عليه. إذ اتصال هؤلاء التلاميذ وغيرهم بأئمة المدرسة الأخرى قرب وجهات النظر ومزج بعض الشىء طريقة أهل الحديث بطريقة أهل الرأى.

ثانيا - المذهب المالكى ومصادره : فقدت المدينة مكانتها السياسية بانتقال الخلافة إلى العراق والشام إلا أنها بقيت مصادر الإشعاع العلمى فهى المقر الأصلى لأصحاب الرسول من الأنصار والمهاجرين، وكان بها حفاظ الحديث والعارفون بسنة الرسول أمثال السيدة عائشة، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وزيد بن ثابت، ثم كان بها سعيد بن المسيب، وربيعة الرأى وغيرهما ممن تخرج عليهم مالك بن أنس الذى نسب إليه المذهب المالكى.

وكان مصدر هذا المذهب، كتاب الله وسنة رسوله المتواترة والإجماع والقياس، لكنهم قدموا ما عليه عمل أهل المدينة على خبر الآحاد والقياس إذ يرون أنه بمنزلة روايتهم عن الرسول جماعة عن جماعة، فإذا لم يكن فى المسألة شىء من ذلك أو حكم مجمع عليه[1] قدموا على القياس العمل بقول الصحابى الحجة الثقة فيما لا مجال للرأى[2] فيه.

وإن كان مالك قد توسع فى الأخذ بالحديث وليس للقياس عنده المكانة التى له فى المذهب الحنفى، إلا أنه كثيرا ما كان يبنى أحكامه على أساس ما سماه

= الحديث إلا أن كثيرا من المحدثين رفضوا روايته، كما أن الفقهاء لا يرفعون روايته للفقه الحنفى إلى درجة كتب ظاهر الرواية لمحمد بن الحسن، تولى قضاء الكوفة سنة ١٩٤ هـ وله من الكتب: كتاب أدب القاضى، وكتاب الخصال، وكتاب معانى الإيمان، وكتاب النفقات، وكتاب الخراج، وكتاب الفرائض، وكتاب الوصايا، ودرس عليه وأخذ عنه محمد بن سماعة الذى روى كتب النوادر عن أبى يوسف ومحمد.

(١) والإجماع عندهم يتحقق بالإجماع العام وإجماع أهل المدينة. أما الأحناف فلا يعتبرون إلا الإجماع العام من المجتهدين فى سائر البلدان على ما سيأتى.

(٢) وقد كان هذا المصدر محل جدل ومناقشة، إذ الصحابى غير معصوم، واجتهاده ليس بحجة ما لم يكن محل إجماع وإلا لزم التناقض وسيأتى الكلام عنه.

المصالح المرسلة، والاستصحاب وسد الذرائع وكثيرا ما عمل بالاستحسان، وبذا نجد أن مجال الرأى عنده غير منحصر فى القياس كما اتجه إلى غيره من فقهاء مدرسة الحديث لكن بصورة أضيق مما عند الآخرين.

فلم يكن الخلاف بين مالك والأحناف فى أصل الأخذ بالسنة أو الأخذ بالرأى، ولكن فى التوسع فى إحدى الناحيتين : ومع هذا فلم يكن مالك متساهلا فى الأخذ بالحديث بل كان شديد التحرى فيما يثبت عنده، لكن كما تبينت لا يشترط فى الأخذ بخبر الآحاد شهرته وإنما مطابقته لعمل أهل المدينة. ولم تكن مدرسة الرأى تهمل الحديث، ولكن فقهاءها كانوا يشترطون التواتر أو الشهرة، وإلا قدموا القياس على خبر الواحد فيما عمت فيه البلوى لأنه رغم ذلك لم يشتهر العمل به، ولعل اختلاط تلاميذ أبى جنيفة بالإمام مالك وأخذهم عنه، وكذلك أخذ مالك عن ربيعة الرأى مما قرب بين المذهبين بعض الشىء.

الإمام مالك : هو مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامر، ولد بالمدينة سنة ٩٣ هـ من بيت علم، فجده أبو عامر صحابى وجده مالك من كبار التابعين، وتثقف بالمدينة ولم يخرج منها طول حياته إلا حاجا إلى مكة. تعلم [(١)] الحديث على كبار المحدثين من أهل المدينة، وأخذ الفقه عن كبار الفقهاء فيها وكان شيخه الأول ربيعة الرأى، غير أن مالكا قد تأثر فى فقهه بالبيئة التى هو فيها، فطريقته فى الاستنباط مشبعة بالرأى حتى يصح عده من أهل الرأى بالمدينة[(٢)] مثل : ربيعة، لأن مالكا كان يشرح الحديث، وينزله على العمل المدنى والمصالح المرسلة. فهو

(١) فى الأغانى لأبى الفرج الأصفهانى أنه أراد الاشتغال بالغناء وأن أمه نصحته بترك ذلك.

(٢) ولذا فإن ابن قتيبة فى كتابه المعارف ص ٢١٨ ذكر مالكا ضمن أصحاب الرأى لا ضمن أصحاب الحديث. ويقول ابن معين: « إن مالكا لم يكن صاحب حديث وكان صاحب رأى» ونحن لو نظرنا إلى الموطأ لوجدنا مالكا استعمل الرأى كثيرا حتى قيل عنه أنه (تعرق) بل ويقول مالك نفسه عن الموطأ : «تكلمت فيه برأيى» وقد سئل احمد بن حنبل ما الذى تنقدون على أبى حنيفة، قال : الرأى. فقيل له : أليس مالك تكلم بالرأى؟ قال: بلى ولكن أبا حنيفة أكثر رأيا منه.

فى هذا يشبه أبا حنيفة حينما كان يشرح الحديث، وينزله على الحياة العملية فى بيئته ويلاحظ الاستحسان.

نصب للتدريس بمسجد الرسول عليه السلام. فرحل الناس إليه من كل مكان طلبا للعلم، وكان ورعا تقيا، وليس فى مجلسه شىء من المراء واللغط، ومن أجلّ وأعظم ما ترك كتابه «الموطأ» وقد جمع فيه الأحاديث الصحاح والفتاوى وبوبها ورتبها حسب الأبواب الفقهية، وهو كتاب فقه لأنه لم يقتصر فيه على جمع الأحاديث وإنما ضم إليها بعض الفتاوى وما يراه فى المسألة، وكان الغرض من وضعه هو أن يكون مرجعا وقانونا يسترشد الناس به، لذا رغب الحكام فى جعله مرجعا رسميا للناس فى موضوعه، وهو من أوائل الكتب التى وضعت فى الحديث والفقه، ونشره كثير من الفقهاء فى أقطارهم، فذكر منهم محمد بن الحسن من فقهاء مدرسة الرأى.

كان مالك قويا فى الحق، لا ينتقل إلى رجال الجاه والسلطان ولا يحتك بهم[1]، ويروى أنه ضرب بالسياط سنة ١٤٧هـ فى عهد جعفر بن سليمان والى المدينة فمرض منذ هذا حتى مات، وقيل إن ذلك بسبب أنه سئل عن زواج المتعة فأفتى بتحريمه على خلاف رأى جد العباسيين، وقيل كان هذا لأنه أفتى بعدم وقوع طلاق المكره وهذا يستتبع أن البيعة للحاكم لا تصح مع الإكراه، وإذا تحلل منها الشخص لا يعتبر ناقضا للعهد، وقيل لأنه لما سئل عن الخارجين عن طاعة الخلفاء أيجوز قتالهم؟ فقال : إن خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز فنعم. فقيل له : وإن لم يكن مثله؟ فقال : دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم الله من كليهما، فكانت هذه الكلمات وتلك الفتاوى من أسباب محنته. درس عليه أبو يوسف ومحمد من أصحاب أبى حنيفة، وكذا الشافعى وغيره كثيرون، وهكذا بقى مالك فى خدمة العلم من صغره حتى مات بالمدينة سنة ١٧٩ هـ.

---

(١) حتى أن الخليفة هارون الرشيد طلب أن ينتقل مالك إلى قصره ليقرأ «موطأه» على ولديه الأمين والمأمون فقال : «أعز الله أمير المؤمنين إن هذا العلم منكم خرج، فإن أعززتموه يعز، وإن أذللتموه ذل، والعلم يؤتى ولا يأتى» فقال : صدقت. وأمر ولديه بأن يخرجا إلى المسجد ليسمعا علم مالك مع الناس. فقال مالك : على ألا يتخطيا رقاب الناس، ويجلسا حيث ينتهى بهما المجلس فحضرا بهذا الشرط». مفتاح السعادة جـ ٢ ص ٨٧.

معاونوه على نشر مذهبه : ومن أشهر تلاميذه الذين عاونوه فى نشر مذهبه عبد الله بن وهب المصرى(١)، وقد كان ابن وهب أعلم أصحاب مالك بالسنة والأثر.

عبد الرحمن بن القاسم الفقيه المصرى الذى لازم مالكا نحو العشرين سنة. وهو الذى روى عنه الفقيه سحنون المدونة التى جمعت آراء المذهب المالكى مات سنة ١٩١ هـ.

أشهب بن عبد العزيز القيسي فقيه مصرى ولد سنة ١٤٥ هـ ومات سنة ٢٠٤ هـ انتهت إليه رياسة المذهب بمصر بعد ابن القاسم.

عبد الله بن الحكم ولد بالإسكندرية سنة ١٥٥هـ وتوفى سنة ٢١٤ هـ خلف أشهب فى رياسة المذهب.

ولعلك لاحظت أن جل تلاميذ مالك من الفقهاء المصريين، وقد كانوا فى الواقع عماد المدرسة الدينية بمصر فى ذلك العهد، وعملوا على نشر مذهب مالك فى بلاد مصر والسودان. كما كان له تلاميذ وأتباع فى جهات متعددة نذكر منهم أسد بن الفرات(٢) وسحنون(٣)، ويحيى بن يحيى الليثى(٤).

(١) ولد سنة ٢٢٥ هـ وتوفى فى أواخر القرن الهجرى الثانى بمصر - رحل إلى مالك سنة ١٤٨ وتلقى عنه الفقه حتى لقبه مالك بالمفتى، ثم عاد إلى مصر، وكان يقوم بالفتوى، عرض عليه القضاء فرفض واختفى بمنزله.

(٢) تونسى النشأة أخذ الفقه عن مالك ثم عن أصحاب أبى حنيفة بالعراق ثم جاء إلى مصر وعرض ما معه من فقه الأحناف على ابن القاسم فأفتاه بحكمها على مذهب مالك فدون ذلك فى المدونة الأسدية وكان قائدا عسكريا توفى سنة ٢١٣هـ.

(٣) هو عبد السلام بن حبيب التنوخى من حمص لقب بسحنون، انتقل إلى القيروان بشمال افريقيا، ورحل إلى مصر، ثم عاد إلى القيروان حيث تولى القضاء، مات سنة ٢٤٠ هـ.

(٤) من الأندلس رحل إلى المدينة وأخذ عن مالك الفقه والحديث، كما رحل إلى مصر فسمع فقه الليث بن سعد والتقى بأصحاب مالك المتقدم ذكرهم وأخذ عنهم وقفل راجعا إلى الأندلس لينشر فيها فقه مالك، وقد كان له نفوذ قوى لدى الحكام بالأندلس، كأبى يوسف الحنفى فى بغداد.

وكثيرا ما خالف هؤلاء التلاميذ رأى إمامهم واجتهدوا لإظهار الحكم على قواعده[١]، وكان يشترط فى البينة شاهدين ولم ير القضاء بشاهد ويمين كما رأى مالك.

وبهذا نجد وجه شبه وتقارب بين تلاميذ المذهبين الحنفى والمالكى، وقد انتشر هذا المذهب فى مصر والسودان وشمال إفريقيا والأندلس.

المذهب الشافعى : كان المذهب الشافعى فى الواقع أول مذهب فقهى منظم يقوم على أصول منبسطة وطرق متميزة، فقد عمل الشافعى دون كلل أو تعب على تنظيم الفقه، وإيجاد تماسك بين الأحكام المنفردة وضبطها تحت قواعد عامة تحكمها، وهو فى الواقع كان وسطا بين اتجاهين : بين المنصرفين عن الرأى والمتغالين فيه، وإن كانت فكرته الأساسية فى الواقع أقرب إلى طريق المحدثين، لذا فإن الشافعى عرف بأنه ناصر الحديث. كما أن تعاليم هذا المذهب وجهت العلماء إلى الالتفات لجمع الحديث وتمحيصه والبحث عن رواته، كما أن تعاليم هذا المذهب وجدت رواجا فى كثير من البقاع[٢] كالأردن. كما أنه دخل سوريا ولبنان وباكستان والهند وإندونيسيا واليمن، وله أتباع كثيرون فى مصر، وقد كان أهل فلسطين يعتنقون هذا المذهب.

---

(١) من ذلك ما قال به يحيى بن يحيى الليثى سأله حاكم الأندلس عن الكفارة الواجبة عليه لوطئه جارية فى رمضان، فأفتى بأنه يجب عليه أن يصوم شهرين متتابعين، مع أن مذهب مالك التخيير بين عتق رقبة أو إطعام ستين مسكينا أو صوم شهرين، وعلل فتواه بأنه لو خيره لسهل عليه الأمر، ولكنه ألزمه بأصعب الأمور عليه لئلا يعود.

وهذه الفتوى مردودة على أساس مذهب مالك الذى يرى التخيير فى الكفارة، ومردودة أيضا عند الأحناف الذين يرون الترتيب فى الكفارة: العتق فالصيام فالإطعام. وقد راعى الفقيه يحيى فى حكمه مصلحة ملغاة.

(٢) وقد اعتنق هذا المذهب بعض أتباع المذاهب الأخرى مثل أبى ثور الكلبى البغدادى المتوفى سنة ٢٤٠ هـ فقد كان حنفيا ثم اعتنق المذهب الشافعى.

مصادر المذهب وأصوله : كانت أصـول المذهب الشافـعى أقرب إلى طـريقة المحـدثين، فهو كـسـائر المدارس يرجع أولا إلى القرآن لكنه يعمل بظـاهره ما لم يقم الدليل على وجـوب صرفه إلى ما يخـالف الظاهر، ثم السنة، وألح فى الاستدلال بالحديث ووجه الناس إليه حتى خبـر الواحد الثقة ولو لم يكن مشهورا كـا يشتـرط الأحناف، ولا مـوافـقا لعـمل أهل المدينة كـمـا يقول مـالك(١)، ثم الإجماع، كما رسم طريقا لاستعمال القياس لأنه أصبح ضروريا بشرط أن يكون له أصل من الكتاب والسنـة، فهو بهذا يـوافق المذهب الحنفى فى أن القياس مـصدر تشريعى ما دام مـعتمدا على الكتاب والسنة. وهو لم يعمل بالـقياس إلا إذا كانت علته منضـبطة، وأنكر الاحتجاج بعـمل أهل المدينة، ولم يأخذ بقول الصـحابى، ورد المصـالح المرسلة، ولم يأخـذ بالحديث المـرسل الذى يرويه تابعى(٣)، مع أن مالكا والأحناف أنفسهم يأخذون به، وهاجم أبا حنيـفة ومالكا فى عدم أخذ الأول بخبر الواحد واشتراط الثانى للأخذ به أن يكون موافقا لعمل أهل المدينة، وقد بين الشافعى أصول مذهبه فى كتابه الأم(٢).

الإمام الشافعى : هو مـحـمـد بن إدريس، ولـد بغـزة سنة ١٥٠ هـ ورحلت به أمه صغيرا يتيما فـقيرا إلى مكة موطن آبائه، كان قوى الحافظة إلى حد بعيد، فحـفظ القرآن والكثير من الحديث قبل التاسـعة، ولما شب انتقل إلى البادية فتعلم فـيها لغتها، كـما تعلم الشعر والأدب وبرع فى الرماية. ثم عـاد إلى المسجد

(١) إلا إذا كان الحديث مرسلا أى سقط اسم أحد الرواة له ولم يكن المحدث به صحابيا.

(٢) إلا إذا كان لسعيد بن المسيب، وكان متفقا على صحته.

(٣) فيـقول : «الأصل قرآن وسنة فإن لـم يكن فقياس عليـهما وإذا اتصل الحـديث عن رسول الله وصح الإسناد فهو المـنتهى، والإجماع أكبـر من الخبر المفرد، والحديث عـن ظاهره وإذا احتمل المعانى فما أشبه منها ظاهره أولاها به، وإذا تـكافأت الأحاديث فأصحها إسنادا أولاها، وليس المنقطع بشىء ما عدا منقطع ابن المسيب ولا يقـاس أصل على أصل، وكثيرا ما نهى الناس عن تقييـده أو تقليد غيره». والأم كـتاب فيه جمع الـربيع بعض كتب الشافعى وسـماه بهذا الاسم بعدما سمع منه هذه الكتب وما فاته سماعه بين ذلك، وما وجده بخط الشافعى ولم يسمعه منه أيضا. أ.هـ الرسالة للشافعى ص ٢٠.

الحرام بمكة وفيه أخذ علوم الفقه والحديث على مسلم الزنجي، وسفيان بن عيينة. وحفظ موطأ مالك، ثم رحل إلى المدينة فلقى مالكا وأخذ منه فقهه حتى توفى مالك، فانتقل إلى اليمن واشتغل على ولاية نجران، وفى سنة ١٨٤هـ وشى به إلى الخليفة الرشيد فجيء به إلى الرقة متهما بتشيعه للعلويين ومناصرتهم. لكنه قد خرج من هذه التهمة بقوة حجته وشهادة محمد بن الحسن تلميذ ابى حنيفة الذى كان فى حضرة الخليفة. بقى الشافعى بعد ذلك ببغداد، ودرس تعاليم مدرسة أهل الرأى على محمد بن الحسن ونقل كتبه وناظره، وكثيرا ما كان ينتصر لمدرسة الحديث، ويلزم أهل الرأى اتباع السنة ويثبت لهم حجية خبر الواحد حتى سمى ناصر الحديث، وقد رحل إلى مصر فى شوال سنة ١٩٨هـ، ثم رحل إلى مكة فترة وعاد إلى مصر حيث بقى بها وأحدث مذهبه الجديد، متأثرا ببيئتها، كما أن نضجه الفقهى وكثرة اطلاعه له دخل أيضا فى هذا التغيير.

وله من الكتب : الأم، وكتاب اختلاف الحديث(١)، وكتاب الرسالة الذى ألفه مرتين : الأولى بمكة وقيل ببغداد، والأخرى بمصر، وهو أول كتاب ألف فى علم أصول الفقه(٢). توفى ودفن بمصر سنة ٢٠٤ هـ، وانتشر مذهبه فى اليمن وفى مصر وسورية وبين مسلمى فلسطين والحجاز.

تلاميذ الشافعى وعدم مخالفتهم له :

ومن أشهر تلاميذه فى مصر : **يوسف بن يحيى البويطى** الذى خلف إمامه فى رياسة دروسه وهو من بويط من قرى بنى سويف، قال عنه الشافعى : «ليس احد أحق بمجلسى من أبى يعقوب» توفى ببغداد سنة ٢٣١هـ.

وإسماعيل بن يحيى المزنى، وقد كان أكثر من دوّن فى المذاهب وقيل عنه إنه مجتهد مطلق، وهو صاحب تآليف كثيرة فى المذهب توفى سنة ٢٦٤هـ.

---

(١) مطبوع بحاشية جـ٧ من كتاب الأم مطبعة بولاق.

(٢) يقول الرازى : «كان الفقهاء قبل الشافعى يتكلمون فى مسائل أصول الفقه دون قانون كلى يرجعون إليه، فاستنبط الشافعى علم أصول الفقه» مناقب الشافعى للفخر الرازى ص ٥٧.

والربيع المرادى قام بخدمة الشافعى بمصر، وروى كتاب الأم عن الشافعى توفى سنة ٢٧٠ هـ.

ومن أهم أتباع الشافعى العاملين على نشر مذهبه أيضا أبو حامد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ صاحب المستصفى فى الأصول والوجيز فى الفقه وإحياء العلوم فى الفلسفة.

وكذلك الرافعى المتوفى سنة ٦٢٣ صاحب فتح العزيز شرح الوجيز.

والنووى المتوفى سنة ٦٧٩ صاحب المجموع شرح المهذب ومنهاج الطالبين.

ومن الملاحظ أن تلاميذ الشافعى كانوا يتبعون إمامهم فلا يخالفونه فى آرائه اللهم إلا المزنى، وفى حالات نادرة بخلاف ما لاحظناه من قبل بالنسبة لتلاميذ المذهبين السابقين، وخصوصا تلاميذ أبى حنيفة الذين كان من طبيعة مذهبهم الاتساع فى الأخذ بالرأى.

المذهب الحنبلى : من أرخ لهذا الفقه[1] من لم يعتبره مذهبا فقهيا وعدوا الإمام أحمد بن حنبل من رجال الحديث «ولكن من أجوبته على المسائل العديدة المتنوعة التى وجهت إليه ودونت فى كتاب «المسائل» يبين لنا أنه مذهب فقهى فوق أن له أسلوبه المستقل ومبادئه الخاصة فى علمى الأصول والفروع، وواضح أنه فقيه أثرى كثيرا ما يعتمد على قول الصحابى.

على أن هذا المذهب فيه تيسير ورحمة بالناس فى المعاملات، لأنه يرى أن المسألة إذا لم يكن فيها نص ولا أثر ولا مقايسة لواحدة منها، ترك الأمر على أصل الإباحة، ويقابل هذا نوع من الشدة فى أحكام العبادات.

ولعل هذا المذهب أقل مذاهب أهل السنة الثلاثة السابقة انتشارا، لأن ما سبقه من المذاهب كان قد استقر فى البلاد وعمل بها الناس، كما أن رجاله بعيدون عن السلطان ووظائف القضاء أو غيرها، وكذا بعدهم عن الاجتهاد والرأى بالإضافة إلى تعصبهم الشديد ومهاجمتهم للمذاهب الأخرى.

---

(١) مثل الطبرى والمقدسى وابن عبد البر.

والحقيقة أنه لولا عناية أتباع ابن حنبل ومحبيه بتدوين آرائه وفتياه وجمعهم لها وجعلها نواة لتكوين مجموعة فقهية لا بأس بها لما كان لهذا المذهب وجود[(١)]، ومع هذا فإن نسبة المذهب إليه تحتاج إلى شىء من النظر[(٢)].

وظهر فى هذه المدرسة من الفقهاء من عرفوا بسعة الأفق واتباع الرأى كابن تيمية وابن القيم، وابن قدامة، وغيرهم، كما أنه فى القرن الثانى عشر للهجرة قام الإمام محمد بن عبد الوهاب فى نجد، وعمل على نشر مبادىء هذا المذهب بالحجاز حتى أصبحت تعاليم هذه المدرسة هى التعاليم الرسمية للدولة.

مصادر المذهب وأصوله: استمد هذا المذهب أحكامه من القرآن والسنة المرفوعة التى يعمل بها. ويضرب بما يعارضها عرض الحائط حتى لو كان إجماعا فلا يقدم على السنة قولا أو رأيا إجماعا أو قياسا. ويأخذ من فتوى الصحابى إذا لم يعرف لها مخالف. أما إذا كانت مخالفة لفتوى صحابى آخر. اعتبر أقربهما إلى الكتاب أو السنة، مصدرا للمذهب. ولم يخرج عن أقوال لصحابة إذا تعددت وتباينت. بل كثيرا ما كان يقف عن الاختيار ويأخذ بالرأيين معا إذ الترجيح يقتضى بيان أوجه النقص فى المرجوح - وما كان يعتمد على القياس ولا يستمد منه أحكامه طالما توجد فى المسألة سنة حتى (المرسل) منها والضعيف، وليس المراد بالضعيف الباطل ولا المنكر، ولا ما فى روايته متهم، بل هو عنده قسيم الصحيح، لأن الحديث عنده صحيح وضعيف، والضعيف عنده مراتب، وأخيرا فإن القياس مصدر يلجأ إليه وتستمد منه الأحكام عند الضرورة القصوى.

أحمد بن حنبل: الإمام أحمد بن محمد بن حنبل ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ، مات والده وهو طفل، فتعهدته أمه فحفظ القرآن وتعلم اللغة. اختار لنفسه أن يدرس الحديث وروايته، فتلقاه أولا على أبى يوسف ثم انتقل إلى علماء

(١) راجع ابن خلدون ص ٣٧٦، وتاريخ الإمام ابن حنبل للأستاذ الشيخ أبى زهرة ص ٣٩٣.
(٢) راجع ابن حنبل للشيخ أبى زهرة من ص ٦ إلى ١١.

الحديث ورواته، ثم رحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن، وهكذا طاف بكثير من الأقطار الإسلامية طلبا للحديث فاستكثر منه وحفظه حتى صار إمام أهل عصره.

التقى بالشافعي في بلاد الحجاز فدرس عليه الفقه وأصوله وطرق استنباطه، وصحبه ولازمه حين قدم بغداد فترة أخذ فيها فقهه حتى عده الشافعية أنه شافعي، أوذي وضرب بالسياط وحبس(١) لما وقف عند رأيه من أن القرآن غير مخلوق مخالفا رأي الخليفة المأمون. ولما جاء المتوكل أبطل تلك الدعوى سنة ٢٢٣هـ، وترك للناس الحرية فيما يعتقدون، مات ابن حنبل ببغداد ودفن بها سنة ٢٤١هـ.

ولم يشتهر الإمام ابن حنبل بالفتيا ولم يكتب في الفقه اللهم إلا ما أجاب به على المسائل التي وجهت إليه. ومع هذا فإنه كان يكره الفتوى في مسألة لم يرد فيها أثر، وترك مسنده الذي يحتوي على نيف وأربعين ألف حديث وهو أصل يعول عليه. وله في الأصول كتاب طاعة الرسول وكتاب الناسخ والمنسوخ وكتاب العلل.

أصحاب أحمد والمجددون لمذهبه : كان لابن حنبل كغيره من الفقهاء أتباع ومحبون التفوا حوله وتشبعوا بآرائه ونشروا مذهبه، نذكر منهم ولديه صالحا أكبر أولاده، وقد اضطر أن يتولى القضاء مخالفا بذلك أباه فيقول : «الله يعلم أني ما دخلت في هذا الأمر إلا لدين قد غلبني وكثرة عيال وأحمد الله تعالى».

وأما ولده الآخر عبد الله فكانت عنايته بالحديث ظاهرة، وإن كان الأول قد عمل على نشر فقه أبيه، فإن عبد الله هذا عني بمسند أبيه الذي جمع فيه الأحاديث الصحاح وبوبها، فأتمه ونشره.

---

(١) وقد حبس من قبله أبو حنيفة وضرب مالك، وحبس السرخسي الحنفي صاحب كتاب المبسوط وحبس غيرهم من الفقهاء كما حبس ابن قيم الجوزية في العصر الثاني وشيخه ابن تيمية، ولكن الملاحظ أن الإيمان الصحيح لا يلين للطغيان.

وهناك غير ولديه من أصحابه، أحمد بن محمد هانى أبو بكر الأثرم، وهو وإن كان اشتغل بالفقه والخلافات قبل التقائه بأحمد، إلا أنه قد روى عنه مسائل فى الفقه وروى عنه حديثا كثيرا، وهناك عبد الملك بن عبد الحميد بن مهران الميمونى صحب أحمد أكثر من عشرين سنة، وكان يكتب عن أحمد رغم تخريجه على تلاميذه ومحبيه، ولذا كانت لرواياته الاعتبار الأسمى. وهذا أحمد بن محمد أبو بكر المروزى، والحرب الكرمانى، وابن إسحاق الحربى، ثم جاء من بعد كل هؤلاء أبو بكر الخلال أخذ فقه أحمد عنهم وجمعه منهم، وقطع الفيافى والقفار فى سبيل هذا. وهو بحق يعد جامع الفقه الحنبلى، ومنهم أبو قاسم الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤ صاحب المختصر، وموفق الدين ابن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ صاحب كتاب المغنى، وشمس الدين ابن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢هـ صاحب كتاب الشرح الكبير. ثم جاء الإمامان الجليلان ابن تيمية(١) المتوفى سنة ٧٢٨ وهو صاحب الفتاوى المشهورة وأبو عبدالله بن بكر الزرعى الدمشقى المعروف بابن قيم الجوزية(٢) المتوفى سنة ٧٥١ صاحب كتاب إعلام الموقعين والطرق الحكمية فى السياسة الشرعية فجددا المذهب وناضلا عنه، وفتحا آذان الناس له ولتعاليمه، وخاصة فيما يتعلق بالمعاملات.

المذهب الظاهرى: هذا المذهب أبعد المذاهب عن الأخذ بالقياس والرأى وأكثرهم تمسكا بالسنة ووقوفا عند الأثر، ولذا قلنا إنه فى الحقيقة هو

(١) ابن تيمية: هو أحمد تقى الدين أبو العباس بن شهاب الدين أبى المحاسن عبد الحليم بن مجد الدين أبى البركات عبد السلام، وعرفت أسرتهم بابن تيمية.ولد سنة ٦٦١هـ بمدينة حران مهد الفلاسفة ثم هاجرت أسرته إلى دمشق وهو طفل وعقد لوالده مشيخة الحديث. حفظ القرآن والحديث ودرس فقه ابن حنبل، تنقل بين دمشق ومصر، يفيد الناس بعلمه وفقهه حتى حقد عليه العلماء وزج به فى السجن بالقاهرة عدة مرات ومات فى السجن بالقلعة إثر مرض استمر عشرين يومًا سنة ٧٢٨.

(٢) ابن القيم: هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن ابى بكر المعروف بابن قيم الجوزية وأصل التسمية أن والده كان قيما على إقليم الجوزية ولد سنة ٦٩١ وتوفى سنة ٧٥١ تتلمذ على ابن تيمية وكان فيلسوفًا جليلاً لحقه ما لحق شيخه من الأذى من تألب الخصوم عليه ووشايتهم به فسجن غير مرة.

أوضح مذهب يعد فى مقابلة مدرسة الرأى، فهو يقف عند النص والأثر بل لا يبحث عن علل الأحكام وإنما يقف عند ظاهر النص، فمثلا روى عن حذيفة عن الرسول عليه السلام أنه قال: لاتشربوا فى آنية الذهب والفضة[(١)]. فالظاهرية لايبحثون عن علة هذا النهى وإنما يحرمون استعمالها للشرب فقط دون أى شىء آخر.

كما روى عن عبادة بن الصامت أن الرسول عليه السلام قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثل بمثل سواء بسواء يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»[(٢)] فإنه وإن كان جمهور الفقهاء لايقصرون تحريم التفاضل على هذه الأصناف الستة بل يحرمون التفاضل فى غيرها مما اتحد صفة لاشتراك العلة، إلا أن الظاهرية يقصرونه على ما نص عليه الحديث وقالوا لو أن التعاقد على غيرها مع الفضل ربًا لما كان هناك داع لذكر هذه الأنواع، ولذكر الرسول التحريم بجملة عامة موجزة.

وروى عن عائشة أن الرسول قال« أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط كتاب الله أوثق»[(٣)] فأخذ الظاهرية بظاهر النص، وأبطلوا كل شرط اقترن بالعقد إلا شروطًا سبعة[(٤)] ورد بها النص فهى فقط التى يجيزونها بنفسها، ولا يقيسون عليها. وكذلك فإنهم يفرضون على كل متبايعين لما قل أو كثر أن يشهدا على تبايعهما رجلين أو رجلا وامرأتين، كما يفرضون الكتابة إن كان

(١) سبل السلام جـ٢ ، ص ١١٢.

(٢) المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٤١٢ مسألة ١٤٤٥.

(٣) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٣٤٤ المسألة ١٤١٥.

(٤) اشتراط الراهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى، واشتراط تأخير الثمن إذا كان نقدًا إلى أجل غير مسمى واشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلا، واشتراط صفات المبيع التى يتراضيانها معًا ويتبايعان الشيء على تلك الصفة، واشتراط أن لا خلابة، وبيع العبد أو الأمة واشتراط مالهما أو قدر معين منه لنفسه، وبيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرته فيشترى الثمر لنفسه أو جزءًا منه.المرجع السابق.

البيع بثمن مؤجل إلى أجل مسمى ومع هذا فإن العقد صحيح إذا لم يشهدا أو يكتبا[١]

ومع هذا فإن مبادئ هذا المذهب منع التقليد الصرف دون تدبر وفهم، واجازوا لكل من يفهم اللغة العربية أن يتكلم فى الدين بظاهرالقرآن والسنة، حتى جرءوا العامة على أخذ الأحكام من ظاهر النصوص دون أن يكون الواحد منهم أهلا لذلك[٢]، «كما يرون أن نفقة الزوج المعسر واجبة على زوجته الموسرة»[٣] وهذا المبدأ يتمشى مع القوانين الغربية الحديثة.

لهذا ولإعلائهم لمقام السنة فى وقت كثرت فيه الآراء الفقهية، كان مذهبهم فى القرنين الثالث و الرابع الهجرى أكثر انتشارا من مذهب أحمد بن حنبل فى ذلك الحين، ولذا قيل بأنه رابع مذهب فى القرن الرابع الهجرى فى الشرق بعد المذهب الشافعى والمالكى والحنفى، أما فى الغرب فإن الفقيه ابن حزم الأندلسى[٤] كان قد اعتنق مبادئ هذا المذهب، ولجح فى نشره والذود عنه حتى اعتبر الإمام الثانى للمذهب.

مصادر المذهب الظاهرى : تنحصر المصادر الشرعية لهذا المذهب فى ظاهر الكتاب والسنة، وما أجمع عليه الصحابة من نص فلا يبحث فقهاؤه عن علل الأحكام ولا يعترفون بالقياس كمصدر تشريعى، ، ولا يرون إجماعا ملزما إلا إجماع الصحابة فى مورد النص لأنه هو الذى يمكن تحققه نظرا لقلة عددهم وإمكان معرفة رايهم، أما إجماعهم على حكم لا نص فيه ولكن برأى منهم أو قياس على منصوص، فهو باطل لا يعتبر حجة[٥]، أما من بعدهم من التابعين ومن

(١) المصدر السابق.

(٢) مقدمة للكوثرى ص ٤ راجع أبو زهرة فى كتاب ابن حزم ص ٣٦٦.

(٢) المحلى لابن حزم، ١ المسألة ١٩٣٠.

(٤) هو على بن احمد بن غالب ولد آخر رمضان سنة ٣٨٤ وتوفى آخر شعبان ٤٥٦.

(٥) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جـ ٤ ص ١٢٨.

دونهم فإنهم تفرقوا فى الأمصار ولا يمكن حصرهم أو الوقوف على آرائهم(١).

وفى الحق أن الحياة العملية لا يمكن مسايرة الأحكام لها اكتفاء بظاهر النص ولابد من اللجوء إلى القياس، ولعل الظاهرية أحسوا بهذا ولجئوا إلى القياس تحت ستار ما يسمونه بالدليل، على أنهم إذا تعارضت نصوص أخرى مع آرائهم صرفوها إلى معان أخرى أو قيدوها حتى لا تصطدم بعض النصوص ببعض.

داود الظاهرى: هو داود بن على المشهور بداود الظاهرى، ولد بالكوفة حوالى سنة ٢٠٢هـ وتوفى سنة ٢٧٠ هـ عاش فى بغداد ودرس المذهب الشافعى حتى كان أشد الشافعية تمسكا بالحديث، وقرأ كتب الشافعى، وتشبع بمذهبه، وسمع الحديث عن كثير من المحدثين، وانتقل إلى «نيسابور» ليسمع الحديث من إسحق بن راهويه أحد فقهاء مدرسة الحديث سنة ٢٣٣هـ.

وهو وإن كان قد نشأ شافعيا وتعمق فى دراسة هذا المذهب رغم أن والده كان حنفيا، إلا أنه خرج على مذهب الشافعى وخالفه لأخذه بالقياس واعتبار القياس مصدرا تشريعيا، ولما أنكر عليه الفقهاء الشافعية خروجه هذا، قال : لقد أخذت أدلة الشافعى فى إبطال الاستحسان فوجدتها تبطل القياس.

ورأى أن النصوص التى استدل بها فقهاء مدرسة الرأى فى تأييد مسلكهم تفيد أنه عند عدم تبين نص فى مسألة من الكتاب أو السنة وعدم معرفة شىء من ذلك فإنه يرجع إلى مشورة العلماء لا إلى الرأى، وقد أخرج كتبا فى إبطال القياس والرد على القائلين به.

---

(١) والواقع أنه لم يذكر لنا أحد من القائلين بحجية إجماع التابعين ومن بعدهم وجواز وقوعه مسألة واحدة أجمع عليها فقهاء التابعين. راجع الدكتور على حسن عبد القادر فى كتابه نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى.

وداود الظاهرى فى الواقع مذهبه ملىء بالسنة لأن فقهه فقه نصوص بشكل عام وفقه الحديث بشكل خاص ، وهو وإن كان جمع الكثير من سنة الرسول وتتبعها، إلا إنه لم يعرف بين المحدثين، ولم يرو عنه الحديث[١].

والحق أن المذهب الظاهرى يرجع الفضل فى معرفتنا له إلى ما دون فيه من كتب، وكذا ما قام به أبو محمد بن على بن حزم الأندلسى المتوفى سنة ٤٥٦ هـ من مجهود علمى، فقد كتب فى علم الأصول «أصول الإحكام لأصول الأحكام» كما كتب فى علم الفقه « المحلى» وكلاهما قيم، ولولا ذلك لما عرف شىء عن هذا المذهب، لذا فهو أحد المذاهب التى انقرضت لعدم وجود أتباع لها، والتى طريقها إلينا هو الكتب.

هذا وهناك فقهاء مجتهدون لهم آراء فقهية لها قيمتها غير أن مذاهبهم انقرضت، أو كانت آراؤهم فردية ليس لهم أتباع يتعصبون لها، ويبدو أن ظهور المذاهب السابق ذكرها بعد ذلك طغت عليها وجعلتها آثارا تروى وسنعرض هنا مجرد تعريف بها.

الحسن البصري : هو الحسن بن ياسر ولد سنة ٢١ هـ ومات سنة ١١٠هـ، كان فقيها ثقة يميل إلى الرأى، وكان يجتمع الناس حوله بالبصرة يسألونه فى الفقه، وفى حوادث الفتنة التى كانت فى عهدهم فيفتيهم ويحدثهم متحاشيا الكلام عن الحوادث السياسية التى تسبب عنها انقسام المسلمين ويقول : «تلك دماء طهر الله منها أسيافنا فلا نلطخ بها ألسنتنا» وقد كان يميل إلى التصوف[٢]. تولى قضاء البصرة أيام عمر بن عبد العزيز لكنه سرعان ما استعفى منه، نصب نفسه

(١) ولعل ما أشيع عنه من القول بخلق القرآن وإباحة لمسه وتلاوته للجنب والحائض جعل الناس يتشككون فى عقيدته، ولذا فإن حملة الفقهاء اشتدت عليه فى حياته وبعد مماته ولم يقيموا لرأيه وزنا أو اعتبارا لدرجة قولهم إن رأيه المخالف لا يؤثر على حصول الإجماع. راجع ابن السبكى جـ ٢ ص ١٥

(٢) ومن عظاته «يابن آدم لم تكن فكوّنت، وسألت فأعطيت، وسئلت فمنعت، فبئس ما صنعت».

للإفتاء، هذا وقد انقرض مذهبه بانتشار المذهب الحنفى شأنه فى ذلك شأن غيره(١).

عامر الشعبى : هو عامر بن شرحبيل ولد بالكوفة سنة ١٧ هـ. تعلم الحديث وحفظ منه الكثير، كان يكره إعمال الرأى بل يقف عند الآثار شديد التمسك بها، إذا سئل عن رأى لم يعلم فيه نصا قال لا أدرى، ولا يقول فيه برأيه. سمع عليه أبو حنيفة الحديث، ولى قضاء الكوفة، كان عادلا فى قضائه قويا فيه، ومع هذا فقد كان فى غير القضاء يتحرج أن يقول ما يؤخذ عليه، وها هو ذا يلزم مع غيره الصمت حين السؤال عن ولاية يزيد بن معاوية، توفى سنة ١٠٤، وقيل سنة ١٠٥، وقيل غير ذلك(٢).

الإمام الأوزاعى : هو عبد الرحمن بن عمرو من الأوزاع(٣) ولد بدمشق سنة ٨٨هـ ونشأ بها ثم تحول إلى بيروت وبقى بها حتى آخر حياته. كان من مدرسة الحديث لا يفضل عليه شيئا سوى القرآن، يبغض الأخذ بالرأى(٤). وقال: «إذا بلغك عن رسول الله ﷺ حديث فإياك أن تقول بغيره». عاصر الإمام مالكا وأخذ كل منهما عن الآخر، عقدت له إمامة الفقه فى الشام وقيل عنه أنه أفتى فى سبعين ألف مسألة.

ولما ضعفت شوكة الأمويين بالشام رحل كثير من أتباعه إلى الأندلس وحملوا معهم إليها مذهب إمامهم الأوزاعى الذى انتشر بها واعتنقه الناس. وهكذا كتب لمذهبه البقاء فى الشام والأندلس من أوائل القرن الثانى حتى منتصف القرن الثالث، إذ طغى عليه مذهب مالك فى الأندلس ومذهب الشافعى فى

(١) كمذهب ابن أبى ليلى : محمد بن عبد الرحمن، ولى القضاء بالكوفة لبنى امية ثم لبنى العباس، وكان فيها مفتيا بالرأى مات سنة ١٤٨هـ وهو فى القضاء، ومثل ربيعة الرأى وهو ربيعة بن عبد الرحمن فروخ.

(٢) المعارف لابن قتيبة ص ١٩٩.

(٣) الأوزاع قرية بدمشق، وقيل بطن من اليمن نزل فيهم فنسب إليهم.

(٤) ولكن ابن قتيبة فى كتابه المعارف ص ١٢٧ ذكره ضمن أصحاب الرأى.

الشام، وهكذا أصبح مذهب الأوزاعى قاصرا على ما هو مدون فى بطون كتب الخلاف بعد أن كان له أتباع يسيرون على ضوء مذهبه، ومات الأوزاعى ببيروت سنة ١٥٧هـ.

الإمام الليث : هو فقيه مصر أبو الحارث الليث بن سعد، ولد بمصر بناحية قلقشندة سنة ٩٤ هـ وتوفى سنة ١٧٥، وقد تفقه الليث على يد زيد ابن حبيب[(١)]. تنقل بين كثير من البلدان فى طلب العلم، فرحل إلى مكة وبيت المقدس وبغداد وكان قضاة مصر يرجعون إليه فى كل شىء، عرض عليه المنصور أن يكون واليا على مصر فأبى.

ولقد كان للإمام الليث مجادلات ومراسلات علمية مع الإمام مالك، وكان الليث يأخذ على مالك بن أنس أنه بلغ به فى الأخذ بعمل أهل المدينة أن يترك خبر الآحاد إذا خالف ما هم عليه، كما عاب عليه قضاءه بشهادة واحد ويمين من صاحب الحق إلى غير ذلك من المسائل العلمية[(٢)]. هذا ولعلك تتعرف قدر هذا الفقيه المصرى مما قاله الشافعى عنه : «والليث بن سعد أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به».

سفيان الثورى : هو سفيان بن سعد، ولد فى الكوفة سنة ٩٧هـ، وكان من مدرسة الحديث الذين يتحرجون من الأخذ بالرأى، عاصر أبا حنيفة النعمان بالكوفة، كان شجاعا فى الحق.

كان لسفيان مذهب فقهى يتبعه الناس فيه، أمر الخليفة المهدى أن يسند إليه قضاء الكوفة على ألا يعترض عليه أحد فى أحكامه، فكتب ودفع إليه، فما كان

(١) وهو أول من نشر العلم بالحلال والحرام ومسائل الفقه بمصر، وكان ثالث ثلاثة جعل عمر بن عبد العزيز الفتيا إليهم: جعفر بن ربيعة وهو عربى، ويزيد بن حبيب، وعبد الله بن أبى جعفر موليان. فأنكر العرب ذلك. فقال الخليفة : «ما ذنبى إن كان الموالى تسمو بأنفسها صعدا وأنتم لا تسمون». فجر الإسلام ص ٢٣٥ نقلا عن خطط المقريزى.

(٢) راجع رسالة الليث ورسالة مالك فى إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٧٢، وراجع عرض الرسالتين وتحليلهما بمحاضرات الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى.

من سفيان إلا أن ألقى بالكتاب فى نهر دجلة وخرج من الكوفة متخفيا سنة ١٥٠هـ، وبقى متواريا من السلطان متهربا من وظيفة القضاء حتى مات بالبصرة سنة ١٦١ هـ.

ومن أهل السنة أصحاب المذاهب المندثرة أيضا غير هؤلاء، عبد الله بن شبرمة، ولد سنة ٧٢ هـ وتوفى سنة ١٤٤، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى قاضى الكوفة توفى سنة ١٤٨، وشريح النخعى المتوفى سنة ١٧٧، وسفيان بن عيينة المتوفى سنة ١٩٨، وإسحق بن راهويه المتوفى سنة ٢٣٨، وإبراهيم بن خالد البنداري المعروف بأبى ثور المتوفى سنة ٢٤٦، وأبو جعفر محمد بن جرير الطبرى المؤرخ المشهور صاحب التفسير الكبير ولد فى طبرستان سنة ٢٢٤ ومات ببغداد سنة ٣١٠، ودرس فقه مالك وفقه الشافعى وفقه أهل الرأى، واندثر مذهبه فى منتصف القرن الخامس الهجرى.

الفصل الرابع

مراحل تدوين الفقه ومصادره الأولى

المبحث الأول

تدوين الكتاب والسنة

فكرة التدوين ونشأتها في الأمة الإسلامية :

كان عرب الحجاز أميين يندر فيهم من يعرف الكتابة، ومن يعرفها منهم فإنه لا يتقنها، وإن أتقنها فإن القارئ لا يأمن الوقوع في الخطأ، وخاصة أن قواعد الترقيم : النقط والشكل والتميز بين الحروف المعجمة والمهملة لم يكن معروفا إلا من أيام عبد الملك بن مروان[1]. لذا كان جل اعتمادهم على الحفظ وقوة الذاكرة في جميع أمورهم، فهم في غير حاجة إلى الكتابة.

ولقد بعث الله فيهم رسولا منهم أميا[2] مثلهم، يقول الله[3] : **﴿هو الذى بعث فى الأميين رسولا منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة﴾** رسولا نشأ فقيرا فلم تتهيأ له السبل ليتعلم الكتابة. وما دفع

---

(١) الوسيط للسكندرى ص ١٢٣.

(٢) لكن الشيعة يرون أنه كان يقرا ويكتب وأولوا ما جاء فى النصوص، كما زعم بعض المستشرقين ذلك للجهل بقواعد ومعانى الألفاظ أو لغرض فى نفوسهم، وعلى كل فهى دعوى ينقصها الدليل، بل قام الدليل على نقضها، راجع تفسير ذلك فى كتب التفسير، وفى كتاب الإسلام للأستاذ حامد عبد القادر، والتعريف بالقرآن والحديث للأستاذ محمد الزفزاف، هذا وقد وصفه الله بالأمية وعدم القراءة والكتابة، فقال جل شأنه : ﴿الذين يتبعون الرسول النبى الأمى﴾، ويقول أيضا : ﴿فآمنوا بالله ورسوله النبى الأمى﴾، ويقول فى سورة العنكبوت : ﴿ما كنت تتلو قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك﴾ كما روى البخارى فى صحيحه أن النبى ﷺ قال : «إنا أمة لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا».

(٣) سورة الجمعة جـ ٢٨ / ٢.

إلى ذلك أو دفعته إليه حاجة، يجيب الوحى فى أول لقاء بقوله «ما أنا بقارئ» حينما قال له اقرأ.

ومع هذا فقد حرص على نشر التعليم بين أبناء أمته ودعا إلى ذلك فقال : «طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة» بل فرض على كل أسير من أسرى بدر يجيد القراءة والكتابة أن يعلم عشرة من أبناء المسلمين، بل نصح زيد بن ثابت أن يتعلم كتابة اليهود لأنه لا يأمن جانبهم، لكن هذا التوجيه لا ينقل هذه الأمة الناشئة الأمية إلى أمة قارئة أو كاتبة فى زمن يسير.

فلما نزل عليه الوحى بالآيات اتخذ له كتابا من أصحابه يكلفهم كتابة ما ينزل من القرآن أولا بأول، ومن هؤلاء زيد بن ثابت، والإمام على بن أبى طالب، وعثمان بن عفان، وعبد الله بن مسعود، وأنس بن مالك، وأُبىٌّ بن كعب، ومعاوية بن أبى سفيان، والزبير بن العوام، وعبد الله بن الأرقم، وعبد الله بن رواحة. وغيرهم. وكان أكثرهم كتابة للوحى زيد بن ثابت حتى أسماه البخارى كاتب النبى.

فكان الرسول إذا نزلت آية دعا بعض كتابه فأمرهم بكتابتها، وكانوا يكتبون على العسف والرقاع واللخاف[1]، وكان عليه السلام يدلهم على أماكن الآيات من السور.

غير أن هؤلاء الكتاب لم يكونوا جميعا ملازمين للرسول فيكتبوا عنه ما يوحى إليه، بل كان منهم من يخرج فى السرايا التى يبعث بها الرسول لدفع أذى أو إخضاع جماعة. لهذا لم يكن القرآن مجموعا كله كتابة عند كل واحد منهم، وإن كانت هذه المجموعات تكمل بعضها بعضا[2]، وكانت هذه المجموعات غير

(١) العسف : الجريد العريض، الرقاع : الصحيفة من الجلد والورق. واللخاف : صحائف من الحجارة الرقيقة. راجع البخارى بشرح الكرمانى جـ ١٩ (كتاب فضائل القرآن).

(٢) وروى البخارى فى صحيحه عن قتادة أنه سأل أنس بن مالك:من جمع القرآن على عهد الرسول؟ فقال:أربعة من الأنصار ، أبى بن كعب، ومعاذ بن جبل، وزيد بن ثابت، وأبو زيد أحد عمومتى. ولعله يقصد من حفظه جميعا من الأنصار. راجع الإتقان فى علوم القرآن للسيوطى جـ ١ص ٩٠ والبخارى بشرح الكرمانى (كتاب فضائل القرآن) جـ ١٩ وفضائل القرآن لابن كثير من ص ٩٧.

متداولة إذ كانت بمثابة نسخ خاصة لأصحابها، والنسخة التى كانت فى بيت الرسول أيضا كانت غير متداولة. فالثابت أنه قد كان محفوظا جميعه لكثير من الصحابة[١]، على أن بعض كتاب الوحى أثبتوا فى النسخ الخاصة بهم تأويلات لهم مع بعض الآيات مثل أبى بن كعب، وعبد الله بن مسعود، وقد كان جبريل يعارض الرسول بالقرآن فى كل سنة فى كل شهر رمضان حتى السنة التى توفى فيها فعارضه مرتين[٢].

والحكمة فى عدم أمر الرسول بجمع المكتوب وترتيبه أنه كان ينتظر الوحى حتى آخر لحظة فربما نزل شىء أو نسخ منه شىء، وهو مطمئن لحفظ الصحابة له مرتبا، لأن الله سبحانه وتعالى يقول[٣] : ﴿**إنا علينا جمعه وقرآنه**﴾، ويقول: ﴿**إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون**﴾، ولكى لا يعتمد أصحابه على المجموع المكتوب وينصرفوا عن الحفظ الذى هو أضبط من الكتابة فى عهدهم واحفظ له من التحريف والتبديل.

وكان الرسول فى بادئ الأمر يقول لأصحابه : لا تكتبوا عنى غيرالقرآن. فقد روى مسلم عن أبى سعيد الخدرى أن الرسول ﷺ قال : «لا تكتبوا عنى ومن كتب عنى غير القرآن فليمحه، وحدثوا عنى ولاحرج، ومن كذب على فليتبوأ مقعده من النار». وكان ذلك لشدة حرصه على القرآن مخافة أن يختلط به غيره[٤]، لكنه أباح الكتابة بعد ذلك عند أمن الاختلاط، فقد روى أحمد أن عبد الله بن عمرو قال : «كنت أكتب كل شىء أسمعه من رسول الله أريد حفظه.

---

(١) وممن حفظه من المهاجرين : أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وطلحة وسعد بن أبى وقاص وعبد الله بن مسعود وأبو هريرة وعمرو بن العاص وابن عباس وابن عمر ومعاوية وعائشة وحفصة وأم سلمة، وحفظه من الأنصار: أبى بن كعب، وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل، وأبو الدرداء وأنس بن مالك، وأبو زيد.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة القيامة جـ ٢٩ / ١٧.

(٤) قيل النهى خاص بكتابة الحديث مع القرآن فى صحيفة واحدة، أو كان خاصا بكتاب الوحى دون غيرهم. انظر البخارى (المقدمة) مطبعة الفجالة الجديدة ١٣٧٦ هـ. ص ٣٧.

فنهتنى قريش فقالوا إنك نكتب كل شيء تسمعه عن رسول الله وهو بشر يتكلم فى الغضب والرضا. فأمسكت عن الكتابة. فذكرت ذلك للرسول فقال : اكتب فوالذى نفسى بيده ما خرج منى إلا حق»[١].

كما روى البخارى وأحمد والترمذى أن أبا هريرة قال : ما من أصحاب النبى أحد أكثر حديثا منى إلا ما كان من عبد الله بن عمرو فإنه كان يكتب ولا أكتب، يقول العينى[٢]«إن عبد الله بن عمرو من افاضل الصحابة فلو لم تكن الكتابة جائزة لما كان يفعل ذلك» بل رواه الحافظ[٣]، وفيه أن ابن عمر استأذن الرسول فى الكتابة فأذن له، وروى الترمذى عن أبى هريرة أن رجلا من الأنصار شكا إلى النبى ﷺ فقال : إنى أسمع منك الحديث ولا أحفظ، فقال : «استعن بيمينك».

من كل هذه الأحاديث والروايات نعلم أن بعض السنة قد دون فى عهد الرسول، وأنه اذن بذلك، وأن النهى المروى عنه قبل ذلك يفهم منه مع هذا أنه لم يكن نهيا عاما، وإنما كان خاصا كما قدمنا.

وفضلا عن ذلك فإن الرسول ﷺ قد أمر بتدوين خطبته عام فتح مكة لرجل من أهل اليمن يكنى أبا شامة، كما روى أنه عهد بصحيفة مكتوبة إلى على بن أبى طالب علقها فى قراب سيفه فيها فرائض الصدقة والعقل وفكاك الأسير، وألا يقتل مسلم بكافر، كما ثبت أن دونت صحائف كثيرة فى عهده فى بيان ديات النفس والأطراف والفرائض[٤].

---

(١) أخرجه ابن عبد البر فى جامعه جـ ١ ص ٧٠ وأبو داود فى سننه جـ٣ ص ٣١٨ ورواه الحاكم وقال عنه إنه حديث حسن صحيح الإسناد. وراجع أيضا مقدمة البخارى طبع مطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٣٧٦ هـ ص ٤٠.

(٢) عمدة القارى على البخارى جـ ٢ ص ١٦٨.

(٣) فتح البارى على البخارى جـ١ ص ١٤٨.

(٤) راجع طبقات ابن سعد جـ٣ طبعة القاهرة، ومن هذا أمر الرسول بكتابة كتبه لسفرائه الذين أوفدهم للملوك وحكام البلاد التى تحيط بهم ليعتمدوا سفارتهم، ويسمعوا دعوته إليهم للإسلام حتى تكون لهم صفة الإنابة. فقد أرسل دحية بن خليفة الكلبي الخزرجى سفيرا عنه إلى هرقل إمبراطور الروم كما أرسل عبد الله بن حذافة السهمى سفيرا عنه إلى كسرى فارس، وعمرو بن أمية الضمرى سفيرا عنه إلى النجاشى، وحاطب بن أبى بلتعة سفيرا إلى المقوقس عامل هرقل فى مصر، وما أمر بكتابته من عهد صلح الحديبية، إلى غير ذلك.

غير أن كل هـذا لا يرقى على أن يكون من المسائل الفردية التى قام بـها نفر قليل، ثم جاء الخليفة وكـانت نزعتهم مختلفة متباينة بشـأن التدوين، ففريق ينادى به ويرى أن فيـه حفظا للأصول والعـلوم من الضياع، فـدونوا فعلا واحـتفظوا بما دونوا[(١)].

عن سـعـيد بن جـبيـر: أنه كـان يكـون مـع ابن عـبـاس فيـسـتمع منه الحـديـث فيكـتبه فى واسـطة الـرحـل، فإذا نزل نـسـخه، وعن أبى عـنترة عن أبيـه أن ابن عـبـاس أرخص له أن يكـتـب، وروى مـسـلـم : أن أنـس بن مـالك سمع من محمـود بن الربيع حديثا عن الرسول فأعجبـه، فقال لابنه اكتب فكتبه.

وفريق آخـر، وكانت له الغلبـة، نزعتـه عدم التـدوين لأنهم اعتـمدوا على الحفظ ومـرنوا عليه، لأنه أضبط من الكتـابة وأحفظ على النصوص منهـا. إذ قد يضيع المكـتوب، أو يبلى أو يدخل عليـه تحريف وتصحـيف مع أن الاعتـماد على الكتابة يفقـد قوة الحفظ والذاكرة شيئـا فشيئا، وفهـموا من نهى النبى ﷺ لكتاب الوحى «ألا يكتبوا عنه غير القرآن» أنـه نهى عام، وقال مؤيدو هذا الفريق : إن ما روى من تدوين بعض الصـحابة أو مـوافقـة على التـدوين إنما كان تدوينا مـؤقتـا ليحفظ منه ثم يمحى المكتوب بعد ذلك.

وعلى كل فقد كان التدوين والتصنيف قليلا جدا فى ذلك العصر، وما وجد فيه كان عملا فرديا لا يمثل اتجاه العصر، ولذا فإن المؤرخين لم يعتبروا هذا العصر عصـر تدوين وتصنيف، ومع هذا فقد حـدث فى أوائل هذا العصر تدوين مـبدئى للسنة، كـما اتجهـوا إلى تدوين أحكام القضـاة. ثم بعد ذلك نشط التـدوين وكان لذلك فضل حفظ الفقه وسهولة تداوله، وإنا سنقدم لك هنا جمع القرآن والسنة، على أن نتناول فى المبحث الثانى تدوين الفقه الإسلامى.

(١) مقدمة البخـارى ص ٤٥ بقلم الأستاذ عبد الغنى عبد الخالق، وتحقـيق وتعليق الأساتذة محمود النواوى، ومحمد أبو الفضل، ومحمد خفاجى. طبع مطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٣٧٦.

جمع القرآن وتسميته مصحفا: فى عهد الخليفة أبى بكر قتل كثير من القراء بموقعة اليمامة سنة ٢٢ هـ، فأشار عمر على الخليفة بجمع القرآن فى مجموعة واحدة(١). ولم يزل عمر يراجع أبا بكر حتى شرح الله صدره لذلك، ودعا زيد بن ثابت(٢) وكلفه بذلك فأخذ زيد يجمعه من الرقاع المختلفة، يعاونه فى ذلك أبى بن كعب وعلى بن أبى طالب، وعثمان بن عفان، وكان أبى يقوم بالإملاء وزيد يكتب،، وكان عمر يقف مع زيد - بأمر من الخليفة - على باب المسجد ليجمعا القرآن من صدور الرجال زيادة فى الحيطة والتأكد.

فكان أن جمعت المتفرقات، وجدد منها ما يحتاج إلى تجديد، وانضمت بعضها إلى بعض مرتبة حسبما أرشدهم الرسول إلى أماكن الآيات من السور، طبقا للعرضة الأخيرة التى عرضها الوحى على الرسول. والواقع أن هذا لم يكن حدثا جديدا فى عهد أبى بكر(٣) فكل ما حدث أن جمعت هذه المتفرقات ورتبت وربطت فى خيط واحد.

وقد كان أبو بكر رضى الله عنه هو أول من سمى القرآن الكريم مصحفا. فبعد أن تم جمعه على الوجه المتقدم. قال للصحابة التمسوا له اسما؟ فقال بعضهم: سموه «سفرا». فقال أبو بكر سموه مصحفا. فوافقوه وسموه بذلك(٤).

(١) وقال : إن القتل قد استحر بقراء القرآن، وإنى أخشى أن يستحر القتل بالقراء فى المواطن، فيذهب كثير من القرآن، وإنى أرى أن تأمر بجمع القرآن، فقال أبو بكر : كيف نفعل شيئا لم يفعله الرسول؟ فقال عمرو : هذا والله خير.

(٢) وقال له : إنك شاب عاقل لا نتهمك، كنت تكتب القرآن لرسول الله. وقد حضرت العرضة الأخيرة.

(٣) غير أنه جاء فى طبقات ابن سعد جـ٤ ص ٢ أن عمر أول من جمع القرآن، وهى رواية ضعيفة، وأضعف منها الأدلة التى سيقت لتأييدها فى كتاب «نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى» ص ٩٠. والواقع أن عمر هو صاحب الفكرة واشترك مع زيد فى الأخذ من صدور الناس على باب المسجد لكن بأمر من أبى بكر وفى عهد خلافته.

(٤) والمصحف مثلثة الميم من صحف بضم وكسر أى جعلت فيه الصحف. أ. هـ. القاموس.

وأودع المصحف عند أبى بكر. وانتقل من بعده إلى عمر. ثم إلى حفصة ابنته، وهكذا بقى محفوظا غير متداول بين الناس، ولم تنسخ منه صور لكى يرجع إليها الناس أو ترسل إلى الأقطار الإسلامية.

وفى عهد عثمان بن عفان، وقد جاءه حذيفة بن اليمان من غزوة ثغر ارمينية. وقد حضرها أهل الشام وأهل العراق. فقال له : يا أمير المؤمنين إن أهل الشام يقرأون القرآن بقراءة أبى بن كعب. وأهل العراق يقرأون بقراءة عبد الله ابن مسعود، وكل منهما يخطئ الآخر، وإنى لأخشى مغبة ذلك[(١)] فقال عثمان: يا أصحاب محمد اجتمعوا فاكتبوا للناس إماما. وأحضر مصحف أبى بكر من حفصة زوج الرسول. وأمر زيد بن ثابت وجماعة بنسخه، على أنهم إذا اختلفوا عند الكتابة على كتابة حرف فإنما يكتب بلغة قريش، لأن القرآن نزل بلسانهم[(٢)].

ولما تم النسخ أرسل إلى حفصة مصحفها، وأرسل إلى كل إقليم مصحفا مع إمام ليرشد الناس إلى وجوه قراءته، ويدلهم على الاقتصار فى القراءة على ما وافقها وترك ما خالفها من قراءات خلطوا بها مثل تأويلات أبى وابن مسعود، واستبقى لنفسه مصحفا[(٣)]. وأمر بعد ذلك بما سواه من القرآن فى كل صحيفة أو مصحف أن يحرق. فتم ذلك[(٤)]، ثم اهتم المسلمون بعد باستنساخ تلك المصاحف فنسخوا منها عددا كبيرا فى مدة وجيزة.

---

(١) وقد كان منشأ هذا اختلاف اللهجات ، واختلاف الكتابة تبعا لذلك، أو أن أحدهم سمع كلمة من الرسول لبيان معنى نزول آية فكتبها مع الآية وقرأها. كما أن مجاميعهم كانت ناقصة كما قلنا، فعند بعضهم ما ليس عند الآخر. راجع فضائل القرآن لابن كثير ص ٣٥.

(٢) قد اختلفوا فى كتابة كلمة «تابوت» هل الحرف الأخير يكتب تاء أم هاء فقال زيد ـ ولم يكن قرشيا ـ تكتب هاء، وقال القرشيون الذين معه تكتب تاء. ثم رجعوا إلى عثمان فقال اكتبوا بلغة قريش. راجع فضائل القرآن لابن كثير ص ٣٥.

(٣) فارسل إلى مكة والشام واليمن والبحرين والبصرة والكوفة وحبس واحدا بالمدينة.

(٤) فحرقها جميعا إلا مصحف أبى بكر الذى بقى عند حفصة حتى ماتت سنة ٤٥ هـ واستلمه أخوها عبد الله بن عمر فطلبه منه مروان والى المدينة من قبل معاويه وحرقه أيضا. راجع فى الموضوع البخارى مع شرح الكرمانى جـ ٩ ص ١٣ وما بعدها.

ولعل بعض الناقمين على عثمان تعللوا بهذا للنقمة منه رغم أنه كان بمشورة الصحابة واتفاقهم. ولذا فإن عليا لما علم بذلك قال : لا تقولوا فيه إلا خيرا فوالله ما فعل الذى فعله فى المصاحف إلا على ملأ منا وموافقتنا، ولو لم يصنعه هو وكان لى الأمر لصنعته(١).

وقد كان التدوين خاليا من النقط والتشكيل. ومن هنا جاء اختلاف القراء، ولما زاد اختلاط العرب بالعجم باتساع الفتح فى عهد الأمويين. ازداد اختلاف القراء فى القراءة. لأن الحروف كتبت دون نقط أو تشكيل فوضع أبو الأسود الدولى(٢) قاضى البصرة قواعد لضبط أواخرالكلمات وجاء من بعده تلميذه نصر ابن عاصم الليثى(٣) فوضع نقطا على الحروف المتشابهة ليفرقها عن بعضها البعض، على أنه فى العصر العباسى وضع الخليل بن احمد(٤) علامات تشكيل الحروف المعروفة لنا الآن ثم وضعت بعد ذلك أحكام القراءات والتجويد. ومن البداهة أن هذا لا يمس رسم كلمات المصحف العثمانى الذى تجب المحافظة عليه. وعدم تأثره بقواعد الإملاء التى تتعرض دائما للتغيير مخافة اختلاف المصاحف مما يترتب عليه التحريف فيها واختلافها باختلاف رسم الكتابة فى مختلف الأقطار.

التفكير الرسمى فى تدوين السنة :

عرضت على عمر بن الخطاب فكرة تدوين السنة فأخذ يبحثها فترة ثم أعرض عن قبولها، وبقيت الفكرة بعيدة عن أذهان الرسميين، حتى عهد عمر بن عبد العزيز. وكان قد كثرت الأحاديث الموضوعة. وانتشر الصحابة والتابعون فى مختلف الأمصار. ففكر فى آخر أيامه(٥) فى جمع السنة فى كتاب واحد، وتوزيع

---

(١) راجع النص فى الإتقان للسيوطى جـ ١ ص ٧٥.

(٢) تابعى كبير توفى سنة ٦٧ هو الذى وضع علم النحو، وكانت علامة الفتح والكسروغيرها بالنقط.

(٣) توفى سنة ٩٩ هـ.

(٤) الخليل بن أحمد الفراهيدى المتوفى سنة ١٧٠ هـ والفتحة عبارة عن الف مبسوطة والضمة عبارة عن واو، والكسرة من أسفل يشير إلى فتح الفم لاسفل وهكذا.

(٥) توفى سنة ١٠١ هـ وقد عرضت له الفكرة قبل وفاته بنحو عام أو أكثر مع ملاحظة أن خلافته بدأت سنة ٩٩.

نسخ منه على الأمصار، كي لا يختلف الناس، فأمر قاضي المدينة أبا بكر بن حزم بذلك وقال «أن انظر ما كان من حديث رسول الله أو سنته فاكتبه فإني خفت دروس العلم وذهاب العلماء» لكن الموت قد عاجل الخليفة قبل أن يتم التنفيذ، ولم يعن خلفه بذلك(١).

ويبدو أن سبب إحجام الخلفاء عن تدوين السنة في هذا العصر كان يرجع إلى مخافة أن يتسبب عن ذلك عدم التأمل في القرآن وتفهم معانيه، ومخافة أن يدون فيها ما ليس منها أو يترك شيء منها، كما أنهم تورعوا عن إحداث ما يروى أن الرسول عليه السلام نهى عنه أو لم يفعله. وفضلا عن ذلك كله فإن اشتغالهم بالسياسة والحكم صرفهم عن ذلك، ولما أحسوا بالحاجة إلى التدوين والكتابة بعد أن كثرت الفروع وتشعبت المسائل ووجدت المدارس الفقهية، وتزايد عدد من دخل في الإسلام من الموالي شاع في القوم أحاديث وضعت عن الرسول، كما أن العباسيين وقد تظاهروا بأنهم يعملون من أجل الدين، فشجعوا العلماء ويسروا لهم السبل. كل هذه العوامل وغيرها دفعت الناس والحكام منهم إلى التفكير في الكتابة والتدوين، ودفعت العلماء إلى التبويب والتصنيف، فجمعت السنة وبحث سندها، ومحصت روايتها، كما دون الفقه وأصوله وتفاسير القرآن والقراءات، وكذلك علم الكلام وعلوم اللغة والبلاغة والفلسفة والمنطق وغيرها، كما كثرت الترجمة، فقد ترجمت علوم أخرى كفلسفة اليونان ومنطق أرسطو، كما وجهوا عنايتهم لدراسة الأديان الأخرى(٢)، مما دل على أن

---

(١) راجع ضحى الإسلام جـ ٢ ص ١٠٦ وما بعدها.

(٢) يقول الذهبي: «في هذا العصر شرع علماء الإسلام في تدوين الحديث والفقه والتفسير وصنف ابن جريج التصانيف بمكة، وصنف سعيد بن عروة وحماد بن سلمة وغيرهما بالبصرة وصنف أبو حنيفة الفقه والرأي بالكوفة. إلى أن قال: «كثر تبويب العلم وتدوينه ودونت كتب العربية واللغة والتاريخ وأيام الناس». راجع النجوم الزاهرة في تاريخ ملوك مصر والقاهرة طبع دار الكتب عند الكلام عن سنة ١٤٣ ص ٣٥١، وراجع الموضوع أيضا في الوسيط للسكندري ص ٢٢ ،مقدمة ابن خلدون ص ٣٦٨

روح الإسلام تدعو إلى العلم والتعليم وتستحث الهمم عليه[1]، هذا والذى يعنينا هنا أن نبين كيف دونت السنة.

تدوين السنة : بدأ تدوين السنة بصفة فردية فى عهد الرسول ثم زاد هذا العمل الفردى فى عصر الصحابة، حتى بدأ التفكير الرسمى فى عهد عمر ابن عبد العزيز على ما أشرنا إليه، فلما جاء العصر العباسى وانتصف القرن الثانى للهجرة وجدت النزعة إلى تدوين السنة فى مختلف الأمصار، وانكب الكثير ممن تفرغ لهذا على جمع أحاديث الرسول، وخصوصا أن الدولة لم تعارض أو تمانع بل شجعت وعضدت. ففى مكة قام بجمع الحديث ابن جريج المتوفى سنة ١٥٠ هـ، وفى المدينة محمد بن إسحق المتوفى سنة ١٥١ هـ، ومالك بن أنس المتوفى سنة ١٥٦ هـ ، وحماد بن سلمة المتوفى سنة ١٧٦ هـ، وبالكوفة سفيان الثورى المتوفى سنة ١٦١ هـ، وبالشام الأوزاعى المتوفى سنة ١٥٧ هـ وباليمن معمر المتوفى سنة ١٥٣ هـ، وبخراسان ابن المبارك المتوفى سنة ١٨١ هـ، وبمصر الليث بن سعد المصرى المتوفى سنة ١٧٥ هـ [2].

وقد كان الغرض من جمع الحديث : تسهيل استنباط الأحكام منها وخصوصا لفقهاء مدرسة الحديث، ليردوا به على فقهاء العراق القياسيين، ومن ينتحى منحاهم، لذا فإنا نجد أول ما دونت السنة كانت تجمع وتبوب التبويب الفقهى وتجمع معها أقوال الصحابة وفتاوى التابعين، وأطلق على هذا النوع من الجمع «المصنفات» وأشهر هذه المصنفات موطأ مالك[3]

(١) وفى هذا ينقل لنا الأستاذ معروف الدواليبى عن كتاب «كشاف لوبون» فى حضارة العرب : «إن العلم الذى استخفت به جدا أديان أخرى، قد رفع المسلمون من شأنه عاليا، وإليهم فى الحقيقة ترجع هذه الملاحظة الصائبة : «إنما الناس هم الذين يتعلمون، والذين يعملون، وأما ما عداهم فمضر أو لا خير فيه» مدخل إلى علم أصول الفقه ص ٩٨.

(٢) ضحى الإسلام لأحمد أمين جـ ٢ ص ١٠٧ فقد فصل القول عن الموضوع من ص ١٠٦ إلى ١٣٦.

(٣) للموطأ عدة روايات لم يصلنا منها سوى رواية محمد بن الحسن التى طبعت فى الهند ورواية يحيى الليثى سنة ٢٣٠ طبعت بمصر.

الذى قال عنه الشافعى : ما على الأرض من كتاب بعد كتاب الله أصح من كتاب مالك».

غير ان فريقا آخر من المشتغلين بجمع الحديث اتجهوا إلى إفراده عن الفقه، بعد أن كان ممزوجا بفقه الصحابة والتابعين، وجمعوا الأحاديث ورتبوها حسب الرواة. فتجمع أحاديث كل راو على حدة دون مراعاة موضوعها من الفقه، ولذا فقد أطلق على هذا النوع « المسانيد » ومن أشهرها مسند أحمد بن حنبل وهو ستة أجزاء.

وفى القرن الثالث الهجرى نشطت حركة جمع الحديث مع تمحيص الرواية وتمييز الصحيح من الضعيف وتجريح الرجال، وقد كان من قبل لم يتجهوا فى دراسة الحديث وجمعه هذا الاتجاه، فيروى[1] عن سفيان الثورى أنه يقول : «إنى أحب أن أكتب الحديث على ثلاثة أوجه : حديث أكتبه أريد أن أتخذه دينا، وحديث رجل أكتبه فأوقفه لا أطرحه ولا أدين به، وحديث ضعيف أحب أن اعرفه ولا اعبأ به» وقد ألفت فى هذا القرن أهم كتب الحديث وهى المعروفة بالكتب الستة : الصحيحان البخارى المتوفى سنة ٢٥٦، ومسلم المتوفى سنة ٢٦٠ هـ، وكتب السنن الأربعة : ابن ماجه المتوفى سنة ٢٧٣، وأبو داود السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ، والترمذى المتوفى سنة ٢٧٩، والنسائى المتوفى سنة ٣٠٣، وقد بذل مدونو هذه الكتب مجهودا شاقا مضنيا فى الجمع والتثبت من صحتها قبل تدوينها ثم ترتيبها وتبويبها على نظام المصنفات أى بترتيب أبواب الفقه.

هذا بالنسبة لأهل السنة، أما الشيعة فأهم مجموعات الأحاديث عندهم وتسمى (بالأخبار) أربعة : «الكافى» لمحمد بن يعقوب الكلينى توفى سنة ٣٢٨، «من لا يحضره الفقيه» لابن بابويه المتوفى سنة ٣٨١، و«الاستبصار»، و«تهذيب الأحكام» وكلاهما للطوسى المتوفى ٤١١ هـ.

(١) مقدمة البخارى المشار إليها سابقا ص ٤٧.

ولقد كان لتدوين الحديث وتمحيص إسناده أثر فى الفقه، فقد رجع كثير من الفقهاء عن الكثير من آرائهم مخالفين ما كان عليه أئمتهم أحيانا فيما قرروه، يقول الشافعى فى هذا المعنى : «إن العلماء من الصحابة والتابعين لم يزل شأنهم أنهم يطلبون الحديث فى المسألة، فإذا لم يجدوا تمسكوا بنوع آخر من الاستدلال، ثم إذا ظهر الحديث بعد، رجعوا عن استدلالهم إليه».

المبحث الثاني

تدوين الفقه والأصول

بدأ الفقه أول ما بدأ عبارة عن فتاوى وأقوال للصحابة وأحكام يصدرونها فيما يعرض عليهم من وقائع، وكل هذا لم يدون فى عهدهم وحتى الأحكام المجمع عليها لم تدون؛ لأنهم لم يحرصوا على التدوين حرصا منهم على ألا يتقيد أحد من بعدهم بآرائهم أو يقفوا عندها مكتفين بها عن الغوص فى معانى القرآن وتفهم ألفاظه بما يناسب البيئة، كما أن أحكامهم القضائية كانت تنفذ عقب صدورها ويقوم بتنفيذها القاضى نفسه فى الحال.

غير أنه فى عهد بنى أمية تنبه بعض القضاة فى الأقاليم إلى وجوب تدوين أحكامهم، وأول حكم قضائى سجل هو الحكم الذى أصدره أحد قضاة مصر فى عهد معاوية بن أبى سفيان فى ميراث بين ورثة تخاصموا إليه ثم تناكروا الحكم واختلفوا فعادوا إليه فحكم بينهم وسجل الحكم(١).

ولم يكن للفقه درس مخصص ولا أستاذ معين، كما كان تلقين الفقه وتلقيه فى المساجد(٢) والمجالس الخاصة، يلقى الفقيه ما أراد تلقينه لمريديه فيفهمونه ويحفظونه، ومنهم من يستعين بتدوين بعض الأحكام، وكان هذا نواة

(١) راجع تاريخ القضاء لعرنوس والمختارات الفتحية لأبى الفتح.

(٢) كانت المساجد تعد من أكبر معاهد الثقافة لدراسة القرآن والحديث والفقه واللغة وأحسن مثل لذلك مسجد البصرة الذى كان فيه حلقة قوم من أهل الجدل، وكان رواد هذه الحلقة من شعوب وديانات مختلفة. وقد اقتصرت نفقات دور العلم على المساعدات المالية التى كان يقدمها الخلفاء إلى الزهاد الذين حبسوا أنفسهم فى المساجد للعبادة. وقد أثر عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى والى حمص يقول :

«انظر إلى القوم الذين نصبوا أنفسهم للفقه وحبسوها فى المسجد عن طلب الدنيا فأعط كل رجل منهم مائة دينار من بيت المال» هذا وقد كانت المساجد تستخدم لاجتماع العلماء فيها كما اتخذها علماء التفسير والحديث مقرا لهم ثم استخدمت كمعاهد للتعليم يتلقى الأطفال فيها اللغة العربية وأصول الدين ثم اتخذها القضاة مكانا لعقد جلساتهم.

راجع تاريخ الإسلام السياسى للدكتور حسن إبراهيم جـ ١ ص ٥٥٢ / ٥٦٦ وأيضا جـ ٢ ص ٣٠٢ الطبعة الثالثة.

التصنيف والتدوين فى الفقه، ثم ترعرعت فكرة التدوين الفقهى وقويت، فجمع فقهاء المدينة فتاوى عبد الله بن عمر، وعائشة وابن عباس، ومن جاء بعدهم من كبار التابعين فى المدينة. ومن هذا موطأ مالك الذى أقام فى تأليفه وتهذيبه نحو أربعين سنة. وكان فقهاء العراق يجمعون فتاوى عبد الله بن مسعود وقضايا على ابن أبى طالب وفتاواه، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة. فقد جمع إبراهيم النخعى فتاوى الشيوخ وآراءهم ومبادئهم فى كتاب، وأن حمادا كان له مجموعة منها، كما وضع محمد بن الحسن كتاب الآثار الذى جمع فيه آثار هؤلاء العلماء.

ثم تطور الأمر فأصبح الأستاذ يدون فقهه فى مؤلف خاص يمليه على طلابه بنفسه أو يمليه عليهم واحد منهم فى حضرته كما كان يفعل مالك بن أنس غالبا، فقد كان كاتبه حبيب يقرأ ما ألفه مالك فى حلقة الدرس على مسمع الإمام نفسه، وكان هذا يتكرر من طبقة إلى طبقة، وأصبح تدوين الفقه ونقله من هذا الطريق.

وكثيرا ما كان الطالب يدخل شيئا على ما سمعه لبيان حكم أو للتعليق عليه، أو يغير العبارة بقصد التنقيح، بل وقد يحدث أن يغير الإمام نفسه بعض آرائه ويرجع عما قال فيسمع هذا التعديل بعض طلابه ويدونونه، ولا يسمعه البعض الآخر فيبقى رأى الإمام فى المسألة مقيدا عنده على ما كان. وقد كان هذا من غير شك سببا فى اختلاف الروايات المنسوبة إلى فقيه واحد مما نجده فى كتب الفقه من القول بأنه روى عن أبى حنيفة مثلا روايتان فى مسألة واحدة.

ولما كان المسلمون فى صدر الإسلام يعتمدون على الحفظ والذاكرة، ويحجمون عن التدوين كانوا يعتمدون على الرواية فكان لكل فقيه سنده فيما يدونه، فمثلا محمد بن الحسن الفقيه الحنفى كان يسند كلاًّ من رأى الإمام وأبى يوسف إلى صاحبه، وإذا كان رأى الإمام تلقاه عن صاحبه أبى يوسف يقول روى

أبو يوسف عن الإمام أنه قال كذا . . وهكذا الفقهاء الذين قاموا بالتدوين من بعد محمد بن الحسن تجدهم لا يعتمدون على النقل من كتبه فقط، وإنما يعتمدون فى تدوينهم على ما رواه لهم هو وغيره.

ثم مع تطاول الزمن قلت العناية بالرواية حتى تحلل الفقهاء منها عند التدوين واكتفوا بالأخذ من الكتب المعروفة المتداولة لأنها بمنزلة الخبر المتواتر والمشهور، ثم تهاون الكتاب حتى فى هذا وأخذوا ينقلون عن الكتب حتى غلب على ظنهم صحة نسبة ما فى الكتاب إلى صاحبه.

وبترك الرواية وانقطاع السلسلة كثر التصحيف ونقلت الأحكام من كتب لا يدرى ما زيد فيها وما نقص مما أفسد الفقه وجعل كتبه فى حاجة إلى المراجعة والتحقيق، ولذا فإن الفقهاء اتفقت كلمتهم على تقسيم المؤلفات إلى مؤلفات معتبرة يصح الاعتماد عليها والأخذ عنها، وإلى كتب ضعيفة لا يصح التعويل عليها، كما اتفقت كلمتهم على عدم التعويل على ما ينسب إلى مذهب من أحكام فى كتب مذهب آخر إلا إذا كان الكتاب من كتب اختلاف الفقهاء.

وقد بدأ الفقه فى العصر الأموى مختلطا بالسنة وما أثر عن الصحابة والتابعين لأنها مادة الفقه، وموطأ مالك هو الذى يمثل هذا التدوين، بل هو أول ما دون من كتب الفقه، وهو من تدوين مالك نفسه، ومن هذا النوع ما صنعه سفيان الثورى فى الجامع الكبير، والشافعى فى كتاب اختلاف الحديث.

وبجانب ذلك وجد تدوين الفقه مجردا عن السنة والآثار، وكان هذا مسلك الأحناف، فإنه وإن كان لم يعرف عن الإمام تدوين فى علم الفروع إلا أن أبا يوسف قد دون كتابه الخراج، وتناول فيه الدستور المالى للدولة الإسلامية كما أنه كثيرا ما أعد دروسا وأملاها على مريديه، أما محمد بن الحسن فهو دون جدال هو الذى قام بتدوين الفقه الحنفى، وجاء تدوينه للفقه مجردا عن السنة، فهذه كتبه الستة التى جمع فيها مسائل الأصول فى مذهب إمامه أبى حنيفة وهى : المبسوط

والأصل [illegible] والجامع الصغير، والجامع الكبير، والزيادات، والسير الصغير، والسير الكبير(١)، وقد تطلق [illegible] هذه الكتب الستة ظاهر الرواية لأنها رويت عنه برواية الثقات وهي تتناول [illegible] ثم [illegible] الحاكم الشهيد [illegible] في ٣٣٤ هـ هذه الكتب الستة في كتاب واحد أسماه الكافي، وقد شرحه الفقيه شمس الدين أبو بكر محمد بن [illegible] السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣ هـ في كتابه المبسوط ويقع في ثلاثين جزءا. وهناك لمحمد بن الحسن كتب تسمى بالنوادر لأن روايتها عنه غير مشهورة وهي في الواقع عبارة عن رسائل سميت بأسماء [illegible] كالهارونيات والرقيات والكيسانيات، [illegible] وهذه الرسائل قد جمعها الحاكم الشهيد أيضا في كتاب أسماه المنتقى.

ويلاحظ أن كتب ظاهر الرواية هي التي يعتمد عليها بمعنى أنه لا يعول على ما جاء مخالفا لما فيها إلا إذا نص على أنه الراجح أو المفتى به ثم جاءت بعد كتب محمد بن الحسن المختصرات مثل مختصر الطحاوي والكرخي والقدوري، وكثير من هذه المختصرات عني الفقهاء بشرحها والتعليق عليها. وهناك من المختصرات: التحفة للسمرقندي حانت في تنظيمها وترتيبها عن غيرها، وقد شرحها الكاساني في كتابه البدائع، وهناك مختصرات للمتأخرين أقل شأنا من سابقتها كملتقى الأنهر والدرر وتنوير الأبصار الذي شرحه الحصكفي وكتب عليه حاشية ابن عابدين الذي كان مفتي الشام، وكان متأثرا فيها(٢) بحاشية سابقة عليه للطحطاوي مفتي الحنفية بمصر المعاصر لابن عابدين.

ومن تدوين الفقه مجردا عن السنة (المدونة) في الفقه المالكي، وهي في الواقع مجموعة مسائل وضعها أسد بن الفرات وأجابه عنها ابن القاسم المصري بما روى عن الإمام مالك، وقد حصل سحنون على صورة منها ورحل إلى مصر

---

(١) الزيادات ألفها محمد بن الحسن استدراكا لما فاته في كتاب الجامع الكبير والصغير من مسائل فهي بمثابة زيادات عليه. وأما السير الكبير والصغير فهما موضوعان في قوانين الحرب.

(٢) راجع مذكرات الشيخ السنهوري لطلاب معهد الشريعة. ورسائل ابن عابدين حـ

وعرضها على ابن القاسم فعدل عن بعض ما فيها وعدّله، وصحح ما احتاج إلى تصحيح، ولذا فإن المدونة التى يرويها سحنون هى المعتمدة فى المذهب، وقد شرحها شراح كثيرون.

ثم جاءت المختصرات بعد ذلك، فهذا مختصر ابن الحاجب، ومختصر خليل الذى نُقّح بمختصرين آخرين هما : أقرب المسالك للدردير، والمجموع للأمير. وهكذا نجد الكثرة الكاثرة من كتب الفقه على اختلاف المذاهب سلكت هذا الطريق.

إلا أننا نجد بجانب هذين النوعين من التدوين والتصنيف نوعا ثالثا هو تدوين المسائل الفقهية مصحوبة بأدلتها من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وسائر وجوه المعانى مثل كتاب المبسوط الذى أملاه الشافعى على تلاميذه بمسجد عمرو بمصر وقدم له برسالة فى أصول الفقه، وقد عرف مبسوط الشافعى باسم الأم، حيث جاءت المختصرات بعد ذلك على هذا النهج سواء ما قدمناه من مختصرات الأحناف والمالكية أو مختصرات الشافعية كمختصر المزنى، والوجيز للغزالى ومختصر النووى المعروف باسم المنهاج.

ومن هذا نجد كما يقول أستاذنا الشيخ السنهورى[(١)] : «إن هذه الأنواع الثلاثة قد وجدت من البداية ثم انفصل كل من الحديث والفقه عن صاحبه وكانت لهذا وذاك كتبه الخاصة، تعنى الأولى بالصحيح من الحديث وروايته أكثر من عنايتها بما يدل عليه الحديث من أحكام، أما الأخرى فإن عنايتها متجهة إلى الأحكام وإنما يذكر الحديث للاستدلال».

ومن النظر فى كتب الفقه التى دونت فى مختلف العصور وأقدم ما وصل إلينا منها كتاب الموطأ لمالك، وكتاب الخراج لأبى يوسف، وكتب محمد بن الحسن، وكتاب الأم للشافعى ـ نجد أنها كانت سهلة ومبسطة فى بادئ الأمر ثم اتجه الكاتبون بعد ذلك إلى اختصارها، واستمروا فى هذا الاتجاه حتى أصبحت

---

(١) فى المصدر السابق.

المتون ألغازا يعجز الطالبون عن فهمها مما دفع الفقهاء بعدهم إلى الاشتغال بشرحها، والتعليق عليها وعلى الشروح أيضا، وكان هذا سببا فى وجود ما يسمى بالمتن - وهو المختصر - مثل متن البداية للمرغينانى[١]، ولما وجده مؤلفه غامضا يحتاج إلى شرح شرحه بكتاب سماه الهداية وهى أربعة أجزاء، ثم جاء البابرتى[٢] المتوفى سنة ٧١٦ بشرح للهداية أسماه العناية وجاء من بعده الكمال بن الهمام[٣] المتوفى سنة ٨٦١ فشرح الهداية بكتاب أسماه «فتح القدير»[٤] ويقع فى ثمانية أجزاء وهكذا.

القواعد الفقهية :

وباستعراض كتب الفقه المختلفة نجد أن الفقهاء فى الغالب يتعرضون للجزئيات دون النظريات العامة والقواعد الفقهية[٥]، وقد عنى الفقهاء المسلمون بهذا النوع من الدراسة لما يترتب عليه من تيسير الفروع، ولمّ شملها، فقد عرفت القواعد فى عصر الأئمة المجتهدين تدريجيا على أيدى كبار أهل التخريج والترجيح أخذا من دلالات النصوص وما تفيده علل الأحكام، وقد لا يسهل تتبع كل قاعدة تتبعا تاريخيا للتعرف على أول ظهورها. اللهم إلا ما كان منها حديثا عن الرسول له خصائص القواعد، أو عبارة عرفت عن أحد الأئمة أجراها الفقهاء من بعده مجرى القاعدة، بما أدخلوا عليها من صقل.

غير أنه بالنظر والتتبع يمكن القول بأن فقهاء المذهب الحنفى كانوا أسبق من غيرهم فى هذا الاتجاه ووضع القواعد والاحتجاج بها واعتبارها أصولا حتى أن

(١) فقيه حنفى واسمه برهان الدين على بن أبى بكر توفى سنة ٥٦٣ هـ.

(٢) هو أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى، وقد طبع على هامش كتاب فتح القدير.

(٣) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسى ثم السكندرى.

(٤) وقد مات مؤلفه بعد أن انتهى من الشرح حتى أول الوكالة فى خمسة أجزاء ونصف فقام بتكملته شمس الدين أحمد قاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ ابتداء من باب الوكالة حتى النهاية، وأصبح الكتاب مطبوعا فى ثمانية أجزاء.

(٥) القاعدة كما فى حاشية الحموى على الأشباه والنظائر، حكم أغلبى ينطبق على معظم جزئياته. فالقاعدة الشرعية حكم كلى ينطبق على معظم جزئياته وتندرج تحته فروع مختلفة، وهى تتميز بالإيجاز فى العبارة والاستيعاب الواسع للفروع وقلما تخلو إحدى هذه القواعد من مستثنيات يقتضى الاستحسان تطبيقها على قواعد أخرى، وهذا الاستثناء لا يقلل من أهمية هذه القواعد التى جمعت الكثير الغالب من شتات الفروع الفقهية المختلفة.

القرافى المتوفى سنة ٦٨٤ يقول : «الشريعة اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أصول الفقه والقواعد الكلية الفقهية».

وإنما كان الأحناف أسبق من غيرهم إليها ، لأن طبيعة تفهمهم واتجاههم نحو الرأى ووجود الفقه الافتراضى بينهم وتوسعهم فى الفروع حتى أنهم أخذوا أصولهم من فروع أئمتهم. كل هذا جعلهم يعملون على إيجاد قواعد كلية تحكم هذه الفروع الكثيرة المتناثرة وتيسر السبيل أمام الفقهاء من تطبيق كثير من أحكام الجزئيات عليها دون أن يكون بينها تنافر أو تعارض.

التاريخ لتدوين القواعد :

جمع أبو طاهر الدباس فقيه الرأى الحنفى فى العراق أهم قواعد مذهب الإمام فى سبع عشرة قاعدة كلية، فجاء الكرخى الفقيه الحنفى العراقى المعاصر للدباس والمتوفى سنة ٣٤٠ فأخذ قواعد الدباس وأضاف إليها بعض ما يمكن اعتباره قواعد فى الجملة حتى أوصلها إلى سبع وثلاثين قاعدة، ثم جاء الإمام أبو زيد الدبوسى المتوفى سنة ٤٣٠ الفقيه الحنفى الذى كان أول من جعل من خلاف الفقهاء علما مستقلا بذاته، فألف كتاب تأسيس النظر مشتملا على ست وثمانين قاعدة، وقد عده علماء الأصول كتاب أصول، كما وضع الإمام محمود الزنجانى المتوفى سنة ٦٥٦ كتابا أسماه (تخريج الفروع على الأصول) تعرض فيه لكثير من القواعد(١).

ووضع عز الدين بن عبد السلام الفقيه الشافعى المتوفى سنة ٦٦٠ كتابه (قواعد الأحكام فى مصالح الأنام) كما وضع الفقيه المالكى أحمد بن إدريس القرافى المتوفى سنة ٦٨٤، وهو تلميذ للعز بن عبد السلام كتابه الفروق، يقول فى مقدمته : «وقد وضعت فى كتاب الذخيرة من القواعد الشىء الكثير، كل قاعدة فى بابها الفقهى . . ثم أوجد الله فى نفسى أن تلك القواعد لو اجتمعت فى كتاب وزيد فى تلخيصها وبيانها ،والكشف عن أسرارها لكان ذلك أظهر لبهجتها

(١) هذا الكتاب نشر لأول مرة سنة ١٩٦٢ بجامعة دمشق، وقام بتحقيقه والتعليق عليه السيد اديب صالح المعيد بكلية الشريعة بجامعة دمشق، وقد كان لى شرف التقديم لهذا الكتاب الجليل.

فوضعت هذا الكتاب للقواعد خاصة، وزدت قواعد كثيرة ليست فى الذخيرة، وزدت ما وقع منها فى الذخيرة بسطا وإيضاحا».

ثم جاء السبكى المتوفي سنة ٧٥٦، فوضع كتابه التاج، ثم جاء عبد الرحمن ابن رجب الفقيه الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ ووضع كتاب القواعد الفقهية، ثم جاء السيوطى المتوفى سنة ٩١١، فوضع كتابه الأشباه والنظائر، ثم ابن نجيم المصرى الحنفى المتوفى سنة ٩٧٠ ووضع كتابه الأشباه والنظائر قاصدا أن يكون على غرار كتاب السبكى.

والواقع أن كتاب العز بن عبد السلام وكتاب القرافى وكتاب ابن رجب كلها تتضمن فى الواقع مجرد تقسيمات وضوابط أساسية فى موضوعات فقهية وهى تختلف فى كثير من القواعد التى نعنيها. كما يتميز كتاب ابن نجيم بأنه جعل القواعد ستا أساسية : الأمور بمقاصدها، الضرر يزال، العادة محكمة، اليقين لا يزال بالشك، المشقة تجلب التيسير، لا ثواب إلا بالنية. ثم تناول بعد ذلك قواعد أخرى تقل فى اتساعها وشمولها عنها، وفرع عن كل من هذه القواعد وتلك جملة قواعد فرعية.

ثم جاء أبو سعيد الخادمى المتوفى حوالى سنة ١١٥٤ هـ فسرد فى خاتمة كتابه «مجامع الحقائق» مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية مرتبة ترتيبا أبجديا، ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية فصدرت موادها بذكر تسع وتسعين قاعدة فى تسع وتسعين مادة لا تخلو من التداخل أو الترادف. وقد تناول كثيرون هذه القواعد بالشرح ضمن شروح المجلة أو على وجه الاستقلال. وسنعرض القواعد الست الأساسية وبعض القواعد الأخرى بعد الكلام عن مصادر الفقه الإسلامى.

على أن هناك من القواعد ما لا توضع لها كتب خاصة بها، وإنما يوردها الأصوليون ضمن مباحثهم لقوة الربط والصلة كالقاعدة التى أوردها الشاطبى تقسيما لمقاصد التكاليف وكقاعدة مقدمة الواجب التى أوردها الأصوليون عند الكلام عن الحكم.

[illegible]

[illegible] وقد كان فريق من الفقهاء [illegible]

[illegible] حسب تبويب الفقه [illegible]

[illegible] هذه المجموعات ما لم يخرج إلى [illegible]

[illegible] ظهير الدين أبي بكر المتوفى سنة ١٦٩ هـ [illegible]

[illegible] للإمام الفاضل المشهور عالم بن علاء الحنفي [illegible]

في [illegible] مجلدات ، ومنها ما قدر له الظهور والتداول [illegible]

[illegible] في ثوبه الجديد سنة ١٩٥٩ للأستاذ الزرقا ص ٢١٧

[illegible] تاريخ [illegible] في [illegible] ... [illegible]

[illegible] سنة [illegible] هـ وهما خطأ [illegible] في كشف الظنون [illegible]

[illegible] صاحب الهداية وهؤلاء من فقهاء أواخر القرن [illegible] توفي سنة

[illegible] وكل [illegible]

[illegible] أنه جمع تلك الفتاوى [illegible] فاشتهر

[illegible] وقيل إنه كان [illegible] زاد المسافر .

تيمية الحنبلي المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وهي تقع في خمسة مجلدات، والفتاوى الزينية لابن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠ وتقع في مجلد واحد، والفتاوى الكبرى لابن حجر الشافعي المتوفى سنة ٩٧٤ وتقع في أربعة مجلدات، والفتاوى الهندية وتسمى العالمكيرية جمعها فريق من علماء الهند في القرن الحادي عشر الهجري، بأمر من السلطان عالمكير، وتسمى جماعة الشيخ نظام طبعت في ستة أجزاء[1]، والفتاوى الأنقروية لمحمد بن الحسين الأنقروي المتوفى سنة ١٠٩٨هـ وطبعت في جزأين، والفتاوى المهدية للمهدي العباسي المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ وتقع في سبع مجلدات.

هذا وقد كانت وزارة العدل بالإقليم المصري قد أسندت سنة ١٩٤٣م إلى أستاذ جليل له قدره ومكانه الفقهي[2] القيام بجمع الفتاوى التي صدرت بعد ذلك من دار الإفتاء المصري. وأن يقوم بتبويبها ،والتعليق عليها، وقد شرع في ذلك فعلا. واستمر يعمل فترة طويلة من الزمن أوشك فيها أن ينتهي من الجمع والتعليق والتبويب، وأصبحت في حكم المعدة للطبع. لكن حدث في أوائل يناير سن ١٩٥٠ أن وقف هذا العمل لأمور خارجة عن رغبة الفقيه الفاضل وعن النطاق العلمي، وقد أهمل ما عمله حتى تناوله الضياع، ولم يبق له أثر حتى الآن. ولو قدر لهذا العمل أن يتم ممن أسند إليه لكان ثروة فقهية لا تقدر.

تدوين علم أصول الفقه :

من الواضح أن للفقهاء مناهجهم الخاصة في البحث على ما سنبينه، غير أن هذه المناهج لم يصرح بها الفقهاء إنما كانت في نفوسهم، ولما جاء الإمام الشافعي، وقد تهيأ له ما لم يتهيأ لغيره لاحظ الموازين التي لاحظها الفقهاء من قبله ووازن

(١) وبهامش الأجزاء الثلاثة الأولى طبعت الخانية لقاضي خان حسن بن منصور الفرغاني المتوفى سنة ٥٩٢، وعلى هامش الأجزاء الثلاثة الأخيرة طبعة البزازية وتسمى الجامع الوجيز لابن البزاز محمد الكردي المتوفى سنة ٨٢٧ هـ.

(٢) الأستاذ الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري وزير الأوقاف سابقا وكان وقتها رئيسا لإحدى المحاكم الشرعية.

بينها ثم دون كل ذلك فى قواعد محكمة وأبواب مترابطة، وكان الشافعى بهذا أول من دون علم أصول الفقه[١]، فأملى على تلميذه الربيع كتابه «الرسالة» التى أشرنا إلى أنها كانت بمثابة مقدمة لكتاب الأم، والظاهر أن الشافعى صنف الرسالة ببغداد ودونها، ولما قدم مصر واستوطنها أعاد تصنيفها كما غير من مذهبه. ولم تكن الرسالة كل ما أثر عن الشافعى فى الأصول بل أثر عنه أيضا فى ذلك كتاب إجماع العلم، وكتاب إبطال الاستحسان.

والشافعى وإن كان له فضل هذا السبق فى التنظيم والتدوين فإن الفقهاء والعلماء من بعده تعهدوا هذا العلم وعنوا به وحرروا الكثير من مسائله، وتناولوه بالزيادة والتنمية، فكتب أحمد بن حنبل، وكتب الأحناف والمالكية غير أن الأحناف انفردوا بمنهج خاص مخالف للآخرين على ما سنبينه فى موضعه.

ومن أول كتب الأحناف فى الأصول : ما كتبه الكرخى المتوفى سنة ٣٤٠هـ أصول أبى بكر محمد بن على الرازى المعروف بالجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ وأصول السرخسى المتوفى سنة ٤٢٨هـ، والبزدوى المتوفى سنة ٤٨٣ هـ، والمنار للنسفى المتوفى سنة ٧٩٠ هـ.

ومما كتب على طريقة غير الأحناف : المعتمد لأبى حسن البصرى المتوفى سنة ٤٦٤ هـ والبرهان للنيسابورى المتوفى سنة ٤٧٨ هـ والمستصفى للغزالى المتوفى ٥٠٥ هـ. ولما جاءت المختصرات جمع محمد بن عمر الرازى الشافعى المتوفى سنة ٦٠٦ هـ هذه الكتب الثلاثة فى كتاب واحد أسماه المحصول كما جمعها الآمدى المتوفى سنة ٦٣١ هـ فى كتابه الإحكام فى أصول الأحكام، ثم توالت المختصرات بعد ذلك فاختصر المحصول نفسه البيضاوى المتوفى سنة ٦٨٥ هـ فى كتابه منهاج الوصول إلى علم الأصول. كما اختصر كتاب الأحكام ابن الحاجب المالكى المتوفى

---

(١) لكن يروى ابن النديم فى الفهرست أن أبا يوسف الحنفى هو أول من جمع هذه المتفرقات، ولكن هذه المجموعة لم تصلنا ولم نقف على أثر لها، راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

سنة ٦٤٦ هـ في كتابه «منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل» ثم عاد فاختصر هذا المختصر الأخير في كتاب أسماه «مختصر المنتهى».

ثم جاء بعد ذلك من صنفوا في علم الأصول جامعين بين طريقتي الأحناف وغيرهم، ومن هؤلاء الساعاتي الحنفي المتوفى سنة ٦٩٤ هـ في كتابه «بديع النظام الجامع بين كتاب البزدوي والأحكام». وصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي المتوفى سنة ٧٤٧هـ في كتابه «تنقيح الوصول» وقد قام هو بشرحه لشدة تركيزه وأسمى الشرح «التوضيح»، والكمال بن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ في كتابه « التقرير والتحبير»، والسبكي الشافعي المتوفى سنة ٧٧١ هـ في كتابه جمع الجوامع، والشاطبي المالكي المتوفى سنة ٧٨٠ في كتابه الموافقات.

وهكذا فقد استمر التدوين والتصنيف في أصول الفقه حتى وقتنا[1]، كما استمر التدوين في الفقه أيضا، وتمتاز الكتابة في عصرنا بالحرص دائما على المقارنة والصياغة بأسلوب يناسب العصر، وبصفة عامة بحسن العرض والتنظيم وإن كان كل ما يكتب مأخوذا من هذا المحيط الزاخر الذى خلفه لنا علماؤنا الأوائل.

وبذا نكون قد انتهينا من القسم الأول في تاريخ الفقه، ونتبع ذلك بالكلام عن القسم الثاني في أصول الفقه الإسلامي ومصادره.

(١) راجع لنا المصدر السابق.

القسم الثاني

أصول الفقه الإسلامي ومصادره

ويشتمل على اربعة فصول

الفصل الأول

التعريف بالأصول والمصادر

في الفقه الإسلامي والقانون

التعريف بأصول الفقه : علم أصول الفقه[1] هو القواعد التي يتوصل بها المجتهد إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية. أو هو إدراك القواعد التي يتوصل[2] بها إلى استنباط الفقه.

فالأصولي يبحث في الأدلة الإجمالية ليتوصل إلى القواعد التي تيسر له السبيل إلى فهم الأحكام ومعرفتها من مصادرها الشرعية. فينظر مثلا : في الأوامر والنواهي الواردة في القرآن والسنة، فيرى أنها تدل على الوجوب والحرمة فيضع قاعدة عامة « الأمر يدل على الوجوب، والنهي يدل على التحريم » وهكذا. ثم يأتي الفقيه، ووظيفته البحث عن الأحكام الجزئية من ناحية الحل والحرمة، والصحة والبطلان، فيستنبط هذا الفقيه أحكام الجزئيات بتطبيق تلك الأحكام عليها.

---

(١) أصول الفقه : اسم مركب إضافي من كلمتين : فقه وقد عرفناه قبل لغة واصطلاحا، وكلمة أصول وهي جمع أصل، وهو ما يبنى عليه الشيء، أي أساس الشيء وأصله، ولذا فإن العلماء حينما أرادوا الاصطلاح على تعريف هذا العلم لاحظوا هذا المعنى اللغوي وأن الأحكام إنما تتفرع عن أدلتها وتبنى عليها إذ هي الأصل.

(٢) سواء أكان طريق التوصل لفظيا، للتعرف على دلالات الألفاظ الشرعية على معانيها واستنباطها منها، وطرق التوفيق بينها عند تعارض ظواهر الألفاظ أو اختلاف تاريخ تشريعها أم كان الطريق الذي يتوصل به الفقيه إلى استنباط الأحكام معنويا كاستخراج العلل من النصوص وتعميمها، وبيان طرق استخراجها. إلى غير ذلك مما يدرس تفصيلا في موضعه في علم مادة أصول الفقه.

ولم يكن أحد من الصحابة يعتمد فى اجتهاده واستنباطه على قواعد مقررة، وإنما كان اعتمادهم - كما أشرنا من قبل - على ما لمسوه من روح التشريع فى فترة الإيحاء ومعرفة أسباب نزول أحكامه والناسخ منها والمنسوخ مما سهل عليهم فهم أسرار التشريع وكون عندهم ذوقا موحدا فى تفهم مرامى التشريع الإسلامى ومقاصده.

ولما انقضى عهد الصحابة والصدر الأول من التابعين، واختلط العرب بغيرهم، كان من نتيجة ذلك أن ضعفت اللغة العربية، وجدّت حوادث لم يسبق لها مثيل، ومع ذلك فقد كانت هناك نزعات مختلفة فى مناهج الفقهاء فى استنباط الأحكام.

والاجتهاد، وإن كان قد توافر لفقهاء الصدر الأول، فإنه لم يتوافر بهذه السهولة لمن بعدهم، وأنّى لهم ذلك، وقد تطورت الحياة تطورا محسوسا، واختلفت نظرة المجتهدين وتباينت مناهجهم واتسعت هوة الخلاف الفقهى بينهم مما جعلهم فى حاجة إلى قواعد منظمة، لطرق استنباط الأحكام، وتفهم النصوص فكان علم أصول الفقه وليد هذه الحاجة.

تاريخه ونشأته : فى الواقع أن فكرة اتباع منهج معين فى استنباط الأحكام وجدت ملازمة لوجود الفقه، لأنه حيث يكون فقه يكون حتما منهاج للاستنباط، وإن كان هذا المنهج لم يتميز بوضوح ويتخذ قواعد منضبطة فى عهد الصحابة والتابعين من بعدهم.

ولما كثرت الفروع وتنوعت الفتاوى والأحكام وظهرت الأئمة وازدهر الفقه، وضحت هذه المناهج وأصبح لها كيان وهيكل عند كل فقيه. فهذا أبو حنيفة له منهج واضح يختلف عن منهج مالك، وكثيرا ما حدثت المناظرات بين الأحناف وغيرهم فى بعض المصادر التى تستمد منها الأحكام.

ولما جاء الشافعى لاحظ الموازين التى لاحظها الفقهاء ووازن بينها ونظمها فى قواعد محكمة فكان علم أصول الفقه، ثم جاء من بعده من العلماء من عنى بهذا العلم وزاد فيه. فكتب الإمام احمد بن حنبل، وكتب علماء الأحناف والمالكية، غير أن الأحناف انفردوا بمنهج خاص، فإنهم يأخذون القواعد الأصولية من الفروع الفقهية المنقولة عن أئمتهم أما الفقهاء الآخرون فإنهم كانوا يقررون القواعد التى تؤيدها الأدلة من المصادر الشرعية، دون نظر لأحكام الفروع. ثم ظهرت طائفة من الأحناف جمعت بين الطريقتين، ومع هذا فإن الأحناف والمالكية والحنابلة يتفقون مع الشافعى فى الأدلة والمصادر التى قررها وهى القرآن والسنة والإجماع والقياس[1]، وإن اختلفوا فى مسلكهم فى تخريج الأحكام منها، أما فيما عدا ذلك من الأدلة الأصلية فالأخذ بها محل اختلاف بينهم، فالأحناف مثلا اعتبروا العرف والاستحسان من مصادر التشريع، والمالكية اعتبروا أيضا عمل أهل المدينة والمصالح المرسلة وسد الذرائع من مصادر التشريع على ما سنبينه.

والإحاطة بهذا العلم تعين على المقارنة بين آراء الفقهاء المجتهدين ومذاهبهم فى المسألة الواحدة، إذ المقارنة تتطلب معرفة دليل كل رأى والموازنة بينهما، ولا يكون ذلك مستكملا إلا بدراسة علم الأصول ومعرفة قواعده. من أجل هذا كان علم الأصول ضروريا لكل فقيه ومشتغل بالفقه أو متطلع إليه، والضرورة إليه قائمة ما بقى الفقه الإسلامى، وهو باق ما بقيت الحياة. والتفكير فى الاستغناء عن دراسته فى أى معهد يدرس فيه الفقه الإسلامى تفكير لم يصادفه الصواب، وبعيد عن المصلحة العلمية.

الفرق بين الفقه وقواعده وبين أصول الفقه :

(أ) الفرق بين علمى الفقه والأصول : هو أن الأصول هو المنهاج الذى يبين الطريق الذى يلتزمه الفقيه فى استخراج الأحكام من أدلتها، ويرتب الأدلة من حيث قوتها، أما الفقه فهو استخراج الأحكام مع التقيد بهذه المناهج.

---

(١) وقد عرفت من قبل رأى الظاهرية وغيرهم فى الإجماع، وعدم إمكان تحققه ورأيهم فى القياس.

وبينما ينظر علم الفقه فى الأحكام العملية، وفى استنباط كل حكم من دليله التفصيلى إذ بنا نرى علم الأصول يبين طريق هذا الاستنباط، ويرسم خطته، ويبين لنا مراتب الأدلة، وما يعرض لها من أحوال.

(ب) وكذا فهو يفترق عن القواعد الفقهية إذ هى مجموعة الأحكام المتشابهة التى ترجع إلى قياس واحد يجمعها، أو إلى ضابط فقهى يربطها كقاعدة الضمان بالإتلاف والخيارات، ودراسة هذه القواعد فى الواقع من دراسة علم الفقه ومترتبة عليه(١).

مصادر الأحكام فى الفقه الإسلامى :

والأحكام الفقهية فى الواقع إما أن تكون مستقاة (٢) من مصدر صريح قطعى الثبوت والدلالة قرآنا أو سنة متواترة، أو تكون مستقاة من غير نص لكن المجتهدين فى عصر من العصور أجمعوا عليها.

وهذان النوعان لا يجوز مخالفتهما لأنهما ليسا محلا للاجتهاد على ما سيأتى: وإما أن تكون أحكاما مستقاة من نصوص ظنية الدلالة، مجال الاجتهاد فيها فى حدود فهم المراد من النص، وترجيح أحد معانيه، وإما أن تكون أحكاما جاءت وليدة استنباط أفراد من المجتهدين حسب ما وصلت إليه عقولهم، وما أحاط بهم من الظروف والملابسات بوسيلة من الوسائل التى أرشد الشرع إلى الاهتداء بها فى الاستنباط عند انعدام النص أو الإجماع، والواقع أن أكثر الأحكام الفقهية المدونة جاءت عن هذا الطريق، ولذا فهى أحكام يجوز لأهل الاجتهاد مخالفتها واستنباط أحكام غيرها على ما سنبينه.

ومصادر الأحكام منها مصادر أصلية متفق عليها «كتاب الله وسنة رسوله» ومنها مصادر تبعية متفق عليها بين جمهور الفقهاء لا يشذ عنهم إلا نفر يسير «الإجماع والقياس» ومنها ما هو محل اختلاف وجدل بينهم فى اعتباره أصلا ومصدرا، وهى كثيرة تختلف حسب اختلاف المذاهب كالاستحسان،

(١) أصول الفقه للشيخ الإمام أبى زهرة ص ١٠.

(٢) راجع لنا تفصيل الموضوع فى مباحث الحكم عند الأصوليين.

والعرف، والمصالح، ومذهب الصحابى، وسد الذرائع، إلى غير ذلك مما سنبينه فيما بعد.

ويمكن أن نرد هذه المصادر كلها إلى مصدرين اثنين : الدين، ويشمل الكتاب والسنة، والفقه ويشمل الإجماع والقياس - وما يتفرع عليه - وأن كل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب أو السنة يكون مصدرها الفقه[١].

والواقع أن جميع المصادر التى تستقى منها أحكام الفقه الإسلامى ترجع إلى أصل واحد، هو ما جاء عن طريق الوحى.

أما العقل فإنه لا يدل على الأحكام الشرعية، وإنما يدل على انتفائها عند انتفاء السمع، واعتبار الرأى والاجتهاد أصلا من أصول الأدلة، ومصدرا تشريعيا فيه شىء من التجوز.

ولو نظرنا إلى المصادر من ناحية ظهور الحكم فى حقنا، فإنا نجد أنها لا تظهر لنا إلا بقول الرسول عليه السلام، لأننا لا نسمع الكلام من الله تعالى ولا من جبريل، فالكتاب يظهر لنا بقول النبى عليه السلام، وكذلك الحديث والإجماع[٢]، ومن جهة أخرى فهذه الأدلة كلها إما نقلية وهى الكتاب والسنة والإجماع[٣]، ويلحق بها العرف، وشرع من قبلنا، ومذهب الصحابى. لأننا حينما نستند إلى شىء من ذلك لا نبحث عن أصل تكوينه وما بنى عليه، ولكن نستند إليه كدليل أصلى ثابت واجب العمل به والاستدلال بالمنقول لابد فيه من التدبر بالعقل.

وإما أن تكون الأدلة عقلية : وهى القياس والاستحسان فى بعض صوره والمصالح المرسلة والذرائع، وهنا لا يكون الاستدلال بها صحيحا

(١) راجع للدكتور السنهورى مذكراته فى أصول القوانين لطلبة قسم القضاء الشرعى بكلية الشريعة سنة ٣٤ / ٣٥.

(٢) المستصفى للغزالى جـ ١ ص ١٠٠.

(٣) نقصد الإجماع هنا باعتباره دليلا على حكم لا بالنظر إلى تكوينه.

إلا إذا كان مستندا إلى النقل، إذ العقل المحض لا تدخُّل له فى تشريع الأحكام(١).

والقرآن نفسه يشير إلى مصادر التشريع : يقول الله(٢) : ﴿**وأن احكم بينهم بما أنزل الله**﴾ ويشير الله إلى أن السنة هى المصدر الثانى فى الآية(٣): ﴿**وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا**﴾ كما يشير إلى أن الإجماع مصدر فى آية(٤) : ﴿**ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين**﴾ ويشير إلى اعتبار الرأى والاجتهاد فى آية(٦): ﴿**.. فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه**﴾ ويشير إلى العرف فى آية(٧) : ﴿**خذ العفو وأمر بالعرف**﴾ وآية(٨) : ﴿**وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**﴾.

وبالجملة فإن كتاب الله هو المصدر الأول، وهو الأساس الذى يرجع إليه نفسه أو ما أحال هو عليه وأرشدنا إليه. فمصادر تشريع الأحكام نصوص تشريعية وردت فى القرآن والسنة، ودلائل أخرى أقامها الشارع ليهتدى بها عند تشريع الأحكام حيث لا يوجد نص فيها.

هذا وسأقدم لك هذه المصادر بشىء من البيان سالكا فى ترتيبها مسلكا خاصا، سأتكلم أولا عن المصادر النقلية الموحى بها، ثم المصادر النقلية التى جاءتنا من غير طريق الوحى، ثم المصادر العقلية.

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ٣ ص ٤١.
(٢) سورة المائدة جـ ٦ / ٤٩.
(٢) سورة الحشر جـ ٢٨ / ٧.
(٤) سورة النساء جـ ٥ / ١١٥.
(٥) سورة النساء جـ ٥ / ١٠٥.
(٦) سورة الزمر جـ ٢٣/ ١٧، ١٨.
(٧) سورة الأعراف جـ ٩ / ١٩٩.
(٨) سورة البقرة جـ ٢ / ٢٣٢.

الفصل الثاني

المصادر النقلية الموحد بها

كتاب الله * سنة رسوله * شرع من قبلنا

المبحث الأول

كتاب الله «القرآن»

هو سر السماء ونور الله فى أفق الدنيا حتى تزول، ومعنى الخلود فى دولة الأرض إلى أن تدول[1]: ﴿ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين﴾[2] كتاب أحكمت آياته أوحى به إلى الرسول بلسان عربى مبين ليبشر به المتقين وينذر به قوما لدا. ويسمى بالقرآن[3] يقول الله تعالى: ﴿لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لنثبت به فؤادك﴾ [4] ويطلق عليه الفرقان لأنه يفرق بين الحق والباطل: ﴿تبارك الذى نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيرا﴾[5]، نزل على محمد الأمى، فبلغه لقومه وللناس جميعا، وتحدى البلغاء والشعراء على أن يأتوا بمثله، وطال زمن التحدى فلم يجترئوا على ذلك أو شىء منه ﴿وإن كنتم فى ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله

(١) إعجاز القرآن للرافعى جـ ٢ ص ١٢.

(٢) سورة البقرة جـ ١ آية ٢.

(٣) القرآن فى اللغة مصدر بمعنى القراءة، غلب فى العرف العام على المجموع المعين من كلام الله المقروء على ألسنة العباد، وهو فى هذا المعنى أشهر من لفظ الكتاب وأظهر إذ الكتاب استعمل فى سائر الكتب الإلهية وغيرها، والاسم منه قارئ وجمعه قراء وقراءون والقراء حسن القراءة، وتقرأ: تفقه، راجع التلويح وشرح التوضيح جـ ١ ص ١٣٥، شرح المنار لابن ملك ص ٣٦، القاموس جـ ١ باب الهمزة فصل القاف.

(٤) سورة الفرقان آية ٣٢ جـ ١٩.

(٥) أول الفرقان جـ ١٨.

وادعوا شهداءكم من دون الله إن كنتم صادقين ۞ فإن لم تفعلوا ولن تفعلوا . . .﴾، ﴿قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا﴾.

ويعرفه الأصوليون بأنه اللفظ العربى المنزل على محمد ﷺ، المنقول إلينا بالتواتر المبدوء بسورة الفاتحة[1] والمختوم بسورة الناس، والمجموع بين دفتى المصحف. أوحى به إلى الرسول باللفظ والمعنى ليحفظه ويبلغه للناس كما أنزل إليه : **﴿يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته﴾**[2].

والله تعالى قادر على أن يخلق لمن يشاء من عباده علما ضروريا بكلامه، من غير توسط حرف وصوت ودلالة، فكلام الله يختلف عن كلامنا من عدة وجوه : **﴿ليس كمثله شىء وهو السميع البصير﴾**[3]، وهو قائم بذات الله تعالى وصفة قديمة من صفاته[4].

ثم إن الأصوليين يطلقون القرآن على كل جزء منه كما يطلقونه على مجموع ما بين دفتى المصحف، لأنهم يبحثون عنه من حيث إنه دليل على الحكم وذلك آية آية لا مجموع القرآن[5].

ترجمة القرآن : وما دمنا قد عرفنا القرآن على أنه اسم للنظم والمعنى فإنك مدرك أن ترجمة القرآن لا يصدق عليها هذا التعريف، فلا تعتبر قرآنا وإنما

(١) والبسملة آية من آيات القرآن، يقول الله تعالى فى سورة النمل : ﴿إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم﴾ لكن هل هى آية من كل سورة؟ يرى الأحناف أنها آية مستقلة للفصل بين السور لكن الشافعى لا يرى أنها آية فى كل سورة. راجع فى هذا المستصفى للغزالى جـ ١ ص ١٠٢ إلى ١٠٥ وشرح التوضيح جـ ١ ص ١٣٩ وسائر كتب الأصول والتفسير.

(٢) سورة المائدة الآية ٦٧ جـ ٦.

(٣) سورة الشورى الآية ١١ جـ ٣٥.

(٤) والكلام اسم مشترك قد يطلق على الألفاظ الدالة على ما فى النفس، وقد يطلق على مدلول العبارة وهى المعانى التى فى النفس، وكلام النفس ينقسم إلى خبر واستخبار، وأمر ونهى وتنبيه. راجع المستصفى جـ ١ ص ١٠٠. شرح المنار ص ٤٧، والتلويح والتوضيح على التنقيح جـ ١ ص ١٣٥ ـ ١٤٥، مرآة الأصول ص ١٥ وراجع أيضا من كتب التوحيد المسامرة شرح المسايرة للكمال بن الهمام جـ ١ ص ٧٤/ ٨٨ ورسالة الإمام محمد عبده.

(٥) شرح التوضيح على التنقيح جـ ٧١ ص ١٣.

هى ترجمة لتفسير له سواء فى ذلك الترجمة الحرفية وغيرها، واختلف الفقهاء فى جواز الصلاة بالترجمة أو قراءة القرآن بها(١).

واستدل المجيزون بقوله تعالى : ﴿**تبارك الذى أنزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيرا**﴾(٢)، ﴿**قل الله شهيد بينى وبينكم وأوحى إلى هذا القرآن لأنذركم به**﴾(٣) وغير العرب لا يعقلون الإنذار إلا بترجمة. وعن سلمان الفارسى رضى الله عنه أن قوما من الفرس سألوه أن يكتب لهم شيئا من القرآن. فكتب لهم فاتحة الكتاب بالفارسية، إلى غير ذلك من الأدلة(٤).

واستدل الجمهور بأن القرآن هو هذا النظم المعجز، وبالترجمة يزول الإعجاز. ولا خلاف فى أن القرآن معجز وليست الترجمة معجزة، ولذا فهى ليست بقرآن، وفى هذا يقول النووى فى المجموع : «ترجمة القرآن ليست قرآنا بإجماع المسلمين، ومحاولة التدليل لهذا تكلف، فليس أحد يخالف فى أن من تكلم بمعنى القرآن بالهندية لا يكون قرآنا، ومن خالف فى هذا كان مراغما جاحدا(٥). وقد كان هذا الموضوع محل بحث كبير، وجدل طال بين العلماء ليس هنا

(١) وقد نسب إلى الإمام أبى حنيفة تجويز الصلاة بما ترجم من القرآن إلى الفارسية، سواء أكان يحسن العربية أم لا، والأصح أنه رجع عن رأيه، ويرى صاحباه جواز الصلاة بقراءة القرآن بالفارسية للعاجز ، أما الشافعى ومالك وأحمد وأبو داود وجماهير العلماء فإنهم لا يجيزون قراءة القرآن بغير لسان عربى، سواء فى ذلك القادر والعاجز، وسواء أكان ذلك فى الصلاة أم غيرها.

(٢) سورة المائدة آية ٤٨.

(٣) سورة الأنعام آية ١٩ ـ ٧.

(٤) راجع المبسوط للسرخسى جـ ١ ص ٣٧، وتبيين الحقائق للزيلعى جـ١ ص ١١٠، المجموع للنووى جـ ٣ ص ٣٨، الموافقات للشاطبى جـ ٣ ص ٤٥.

(٥) راجع المجموع للنووى وعليه شرح الوجيز للغزالى ص ٣٧٩ وراجع فى ذلك جميع كتب الفقه وكتب أصول الفقه مثل شرح المنار لابن ملك من ص ٤٣/٤٨، والتلويح والتوضيح جـ١ ص ١٥٤ / ٥٩، مرآة الأصول ص ١٩، وفى المستصفى جـ١ ص ١٠٥ «القرآن عربى كله لا عجمية فيه وقال قوم فيه لغة غير العربية واحتجوا بأن الله يقول فى سورة النور ﴿الله نور السموات والأرض مثل نوره كمشكاة فيها مصباح ...﴾ والمشكاة هندية، ويقول فى سورة الكهف : ﴿يحلون فيها من أساور من ذهب ويلبسون ثيابا خضرا من سندس وإستبرق﴾ فالإستبرق فارسية، ويقول فى سورة عبس ﴿وفاكهة وأبا﴾ قال بعضهم الأب ليس من لغة =

محله[١]. وإن كنا نشجع ونرحب بتعميم ترجمة تفسير للقرآن منتخب ونشره فى كل البقاع.

وعلى هذا فلا يصح الاعتماد على الترجمة فى استنباط الأحكام، وما ذلك إلا لأن فهم المراد من الآيات يحتمل الخطأ لمن يعرف العربية ثم نقل ذلك المفهوم إلى لغة أخرى قد يحتمل الخطأ إذ قد يؤدى اللفظ إلى أكثر من معنى واحد. وإن كنا نشجع ونرحب بترجمة تفسير منتخب للقرآن إلى مختلف لغات العالم حتى يتعرف الناس فى جميع البقاع ما يقرب إليهم مصدر التشريع[٢].

نزوله منجما وحكمه : نزل القرآن على محمد ﷺ منجما ـ أى مجزءا ـ بيانا لحكم أو جوابا لسؤال أو استفتاء فى نحو ثلاث وعشرين

= العرب وقد تكلف القاضى إلحاق هذه الكلمات بالعربية وبين أوزانها وقال كل كلمة فى القرآن استعملها أهل لغة أخرى فيكون اصلها عربيا ونقلها الآخرون، كما غير العبرانيون فقالوا لاهوت وأنكروا أن يكون فى القرآن لفظ عجمى.

والذى أراه أن هذه الألفاظ وأمثالها : السجيل، القنطار، الياقوت، والاباريق والتنور كلها الفاظ أصلها غير عربى لكن العرب استعملوها وتداولوها بينهم قبل نزول القرآن. فجاء القرآن بهذه الألفاظ، وهى وإن لم تكن عربية الأصل إلا أنها كانت مستعملة عندهم متعارفة والقرآن نزل بما استعمله العرب من ألفاظ.

(١) راجع فى ذلك البحث الذى كتبه فضيلة الأستاذ الأكبر المرحوم الشيخ المراغى والمنشور بمجلة الأزهر سنة ١٩٣٥، وما كتبه الأستاذ الجزيرى بعنوان احسن البيان فى الرد على من منع «ترجمة القرآن» والبحث الذى كتبه الأستاذ فريد وجدى «الأدلة العلمية على جواز ترجمة معانى القرآن» والبحث الذى كتبه الأستاذ مصطفى صبرى شيخ إسلام الدولة العثمانية سابقا بعنوان «ترجمة القرآن» هذا ويحدثنا الأستاذ صبحى محمصانى فى كتابه فلسفة التشريع فى الإسلام ص ١١٩، أن هناك عدة تراجم فعلا فقد ترجم إلى اللغة اللاتينية فهناك ترجمة إنجليزية وفرنسية، وهندية، وتركية، وألمانية .. إلخ، وجميعه طبعا ليس قرآنا وإنما هو ترجمة لتفسير شخصى للقرآن.

(٢) وإنا نحمد للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر اهتمامه بنشر كثير من المعلومات الإسلامية بمختلف اللغات كما نحمد لمجلس الفنون والآداب هذا الاتجاه أيضا، وقد كلفت من قبله بكتابة رسالة للتعريف بالفقه الإسلامى، وبيان تاريخه ومصادره، وقد طبعها المجلس وأصدرها وهو الآن بصدد ترجمتها ونشرها.

سنة(١)، بين مكة والمدينة. والحكمة فى ذلك أن يحفظه الرسول ويعيه، وهو الأمى الذى لا يقرأ ولا يكتب : **﴿وقال الذين كفروا لولا أنزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لنثبت به فؤادك﴾**(٢)، ومنها أن يكون ذلك أبعث على القبول وعلى فهمه وتعرف أسراره ومراميه، بل وفى نزوله مفرقا رحمة بالناس، إذ لو نزل عليهم دفعة واحدة لشق عليهم ولثقلت تكاليفه خصوصا وأنه فوق أنه دين يتعبد به، فهو تشريع منظم لأحكام الدنيا، ولأنه إذا نزل منجما والرسول يتحدى الكفار بكل نجم فيعجزون عن معارضته زادت قوة قلبه.

وأول ما نزل من القرآن : **﴿اقرأ باسم ربك الذى خلق * خلق الإنسان من علق * اقرأ وربك الأكرم * الذى علم بالقلم * علم الإنسان ما لم يعلم﴾**(٣)، وقد فوجىء الرسول بنزول الوحى عليه فى ليلة ١٧ رمضان للسنة الحادية والأربعين من ميلاد الرسول، وكان فى غار حراء(٤).

ثم نزل الوحى بعد انقطاع ثلاث سنوات، بقول الله تعالى : **﴿يأيها المدثر * قم فأنذر * وربك فكبر * وثيابك فطهر * والرجز فاهجر * ولا تمنن تستكثر * ولربك فاصبر﴾**(٥) فكان بدء الدعوة، فقال الرسول لزوجته خديجة : «قد مضى عهد الراحة والنوم لقد أمرنى الوحى بأن أنذر الناس».

وآخر ما نزل من آيات الأحكام قوله تعالى : **﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا﴾**(٦). أما آخر آية نزلت

---

(١) راجع الإتقان للسيوطى جـ ١.

(٢) سورة الفرقان آية ٣٢ جـ ١٩.

(٣) سورة العلق جـ ٣.

(٤) غار حراء : مكان بجبل ثور بالقرب من مكة، وكان الرسول آثر العزلة ومكث يتعبد به نحو ستة أشهر، وكان يبرحه من وقت لآخر، وكان أول ما بدئ به الوحى الرؤيا الصالحة ثم فاجاه الوحى وهو فى سن الحادية والأربعين يوم الاثنين ١٧ من رمضان فارتجف وارتعدت فرائصه ورجع إلى أهله وقال : زملونى. فزملوه حتى ذهب عنه الروع. ولما عاد إلى الغار وتكرر منه ذلك سمع ذات يوم صوتا من السماء، فأسرع إلى قومه وقال : دثرونى. دثرونى. فدثروه.

(٥) سورة المدثر جـ ٢٩.

(٦) سورة المائدة آية ٣ جـ ٧.

من القرآن جميعه فهى على الأرجح : **﴿واتقوا يوما ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون﴾**(١)، وكان يوم ٩ ذى الحجة من السنة العاشرة للهجرة، أى السنة الثالثة والستين من عمر الرسول، أى أنه نزل جميعه فى ٢٢ سنة وشهرا، و٢٢ يوما.

وقد كان الوحى بمكة يتجه نحو التعريف بالكون وتكوين العقيدة وتقويم الخلق، وكان طابع الآيات المكية القصر والإيجاز ليسهل على السامعين وعيها، وليكون لها من نغم الترتيل ما يجعلها أوقع فى التأثير. ثم انتقل بعد ذلك إلى الناحية التشريعية فى المدينة، وجاء الوحى بالآيات الطوال، إذ أن آيات التقنين تحتاج إلى تعقل وتبصر لاستنباط الأحكام منها فوق ما يلزم من طول فيها لبيان علة الأحكام.

وقد قسم القرآن إلى سور بلغ مجموعها ١١٤ سورة وأن مجموع الآيات ٦٣٤٢ آية، منها ٥٠٠ آية فقط تتعلق بالأحكام العملية، أما الباقى فهو يتعلق بالعقائد والأخلاق، وبذلك ترى أن التكاليف قليلة جدا كما أشرنا من قبل.

وقد نقل إلينا القرآن جميعه بطريق التواتر قراءة وكتابة، من وقت نزوله حتى الآن، فهو يفيد القطع واليقين بصحته دون شك أو خلاف، فيجب العمل بما ورد به ولا يجوز العدول عنه، ويحكم بكفر من أنكر قرآنيته لأنه قطعى الثبوت فهو مصدر الشريعة الأول فى بيان الأحكام لا يؤخذ الحكم من غيره إن كان واضحا فيه، ومع هذا فهو المصدر الأصلى الذى نصب الأمارات للمجتهد وأشار إلى غيره من المصادر التى تليه.

أما من ناحية دلالته على الأحكام فإنها قد تكون قطعية إذا كان اللفظ لا يحتمل إلا معنى واحدا كمدلول لفظ «نصف» فى قوله تعالى : **﴿ولكم نصف ما ترك ..﴾** وكمدلول لفظ «السدس» فى قوله : **﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس﴾** وهكذا.

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨١ جـ ٣.

وقد تكون دلالة اللفظ على الحكم ظنية إذا كان يحتمل أكثر من معنى مثل لفظ (قرء) فى قوله تعالى ﴿ثلاثة قروء﴾ فإنها تحتمل معنى الحيض ومعنى الطهر.

ترتيب آيات القرآن وسوره : أما وضع الآيات من السور فقد كان بأمر الرسول دون ملاحظة ترتيب النزول أو ترابط الموضوع، والحكمة فى ذلك أن تكون القضايا مجزأة والمواضيع متداخلة حتى يعد النفوس بما عرض أولا إلى ما يعرض ثانيا، وهو فى كل عرض يلاحظ ما يقتضيه المقام من مناسبات، وقد يعرض الموضوع متفرقا لأن طبيعته تقتضى التفريق ولتدخل بين أجزائه بعض آيات الوعظ والإرشاد أو قصص الأولين حتى يكون أدعى إلى القبول والاستمرار فى التلاوة حتى يصل إلى الحكم، ولكى لا يكون بمثابة مجموعة قانونية يقف القارئ منها عند بغيته وقصده دون نظر إلى شيء آخر.

والقرآن فوق أنه يرشدنا فى دنيانا إلى الأحكام الواجب اتباعها فإنه يتعبد بتلاوته وإيراد الأحكام فيه على هذا الوجه مما تحبب القارئ فى التلاوة، أو على الأقل تدفعه للاستمرار فيها - وعلى كل فقد كان يعرضه جبريل على الرسول على هذا النحو من ترتيب الآيات والسور. يقول مالك رضى الله عنه : «إنما ألف القرآن على ما كانوا يسمعونه من النبى».

أما تقسيمه إلى أجزاء وتقسيم الأجزاء إلى أحزاب، والأحزاب إلى أرباع، فإنه يمكن القول بأنه تم فى القرن الرابع الهجرى كما أن الشكل والتنقيط أمران جدا أيضا على ما بيناه قبل عند الكلام عن التدوين.

الأحكام التى تناولها القرآن : قلنا من قبل أن القرآن جاء بالقواعد الكلية فلم يبين حكم كل جزئية حدثت أو ستحدث، وبهذا كان صالحا لكل زمان ومكان، ينطبق على ما كان وما يمكن أن يكون، وهذا من سر إعجازه، وإنما جاءت الأحكام فيه غالبا مجملة كى تتسع أحكام الشريعة لجميع حاجات الناس فى مختلف العصور والبقاع بإعمال المجتهدين لعقولهم واستنباطهم الأحكام بعد أن

نصب لهم الأمارات، ومع هذا فقد روعى فى آيات الأحكام رفع المشقة عن الناس ومنع الحرج عنهم فلم يكلفهم بما يشق عليهم مشقة تضيق بها صدورهم، بل كان يسرا سهلا لينا ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾[١]، ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾[٢].

والكتاب ينقسم إلى قسمين[٣] : مجاز وحقيقة، والمجاز ما تجوّز به فى اللفظ عن موضعه وهو فى القرآن كثير، وهو زيادة أو تقديم أو تأخير، والحقيقة تنقسم إلى مفصل ومجمل، والمفصل محكم ومنسوخ[٤]، والمحكم ما لم ينسخ وهو محتمل وغير محتمل إلى غير ذلك، ومحل دراسة هذا علم أصول الفقه.

ومنهج القرآن فى بيان الأحكام متنوع حتى يكون أدعى إلى القبول وأبعث على الامتثال، فله طرق فى بيان أوامره ونواهيه. فقد يكون بصيغة الأمر؟ **﴿وقاتلوا فى سبيل الله﴾**. أو بالنهى **﴿ولا تقتلوا النفس﴾**. وقد يكون بالإخبار بأن الفعل مكتوب أو مفروض **﴿كتب عليكم القتال﴾**. **﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا﴾** أو بأنه شر أو ليس من البر **﴿ولا يحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله هو خيرا لهم بل هو شر لهم﴾** وقوله : **﴿ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر﴾**.

(١) سورة البقرة الآية ١٨٥ جـ ٢.
(٢) سورة الحج الآية ٧٨ جـ ١٧.
(٣) وجاء فى مقدمات ابن رشد جـ ١ ص ١٥ «قيل إن القرآن لا مجاز فيه لأن القرآن حق ومحال أن يكون حقا ما ليس بحقيقة وهو خطأ لأن الحق ليس من الحقيقة بسبيل، إذ الحق ضد الباطل والحقيقة ضد المجاز».
(٤) ونقصد بالمنسوخ هنا ما نسخ حكمه وبقى خطه، وهو فى حق الله بيان لانتهاء الحكم الأول وليس فيه معنى التبديل، وفى حقنا تبديل لزوال ما كان ظاهر الثبوت وإحلال شىء آخر محله، وفى المنار ٧٠٩ «وهو جائز عندنا خلافا لليهود وبعض الروافض» راجع ذلك فى الإحكام للآمدى جـ ٣ ص ٣٠٥ وسائر كتب التفسير فى الجزء الأول عند تفسير قول الله تعالى ﴿ما ننسخ من آية أو ننسها﴾ من سورة البقرة. وراجع ما قلناه قبلا ص ١٩.

أو يبينه لنا بذكر ما يترتب عليه من خير أو شر ومن نفع أو ضرر، إلى غير ذلك من الأساليب التي موضعها دراسة بلاغة القرآن.

هذا ما نكتفي بتقديمه هنا عن القرآن الكريم، الكتاب المفتوح والمنهل المورود للإنسانية رغم تباعد العصور وتنائي الأقطار واختلاف الأجناس وتفاوت المشارب والنزعات، كتاب يهدى إلى الحق ويشبع رغبة كل طالب له **﴿ولقد يسرنا القرآن للذكر فهل من مدكر﴾**.

المبحث الثانى

السنة

يطلق علماء اللغة كلمة سنة ويريدون بها الطريقة. ومن هذا قوله ﷺ : «من سن سن حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة» ويراد بالسنة هنا ما أثر عن النبى ﷺ.

وتكون قولية وهى الأحاديث التى تلفظ بها الرسول كقوله ﷺ : «لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته إلا أن يأذن له» وقوله : «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» وقوله : «من نفّس عن مؤمن كربة من من كرب الدنيا نفّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسّر على معسر يسر الله عليه فى الدنيا والآخرة. والله فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه، ومن سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله به طريقا إلى الجنة».

وتكون السنة فعلية، وهى ما صدر عن الرسول من أفعال يقصد بها التشريع، مثل وضوئه وصلاته وحجه وقطعه يد السارق اليمنى، ومثل ما روى أنه عليه السلام : حجر على معاذ ماله وباعه فى دين كان عليه.

وقد تكون تقريرية وهى أن يسكت النبى عن إنكار فعل أو قول صدر فى حضوره أو فى غيبته وعلم به، مثل ما روى : أن النبى ﷺ قدم المدينة وأهلها يسلفون فى الثمار السنة والسنتين والرطب ينقطع، فأقرهم على ذلك. مجمع عليه. ومنه إقراره لمعاذ على ما قاله من أنه يجتهد برأيه إذا لم يجد فى كتاب الله أو سنة رسوله.

ولا يعد من سنته أنه كان يأكل أو ينام إلى غير ذلك من الأعمال التى تخصه ولا يشاركه فيها الغير، وإن اعتبر من السنة ما يتعلق بها من أوصاف وطرق، وقصرها البعض على ما كان مصدره الوحى أو النظر فيه من غير القرآن مبينة له ومظهرة.

والسنة القولية وتسمى الحديث ينزل به الوحى لكن لا باللفظ والمعنى كما فى القرآن وإنما بالمعنى فقط، ويعبر عنها الرسول بلفظ من عنده، والفعلية تكون بعمل الرسول بعد تفكير واجتهاد ويتبعها المسلمون والسنة التقريرية ما تكون تقريرا لاجتهاد أصحابه، أو تقريرا لوضع عليه الناس، والرسول فى كل هذا لا ينطق عن الهوى ﴿إن هو إلا وحى يوحى﴾

حجيتها فى التشريع ومنزلتها من القرآن: السنة هى المصدر الثانى للتشريع، وهى واجبة الاتباع فى جميع المذاهب الإسلامية[١]، وقد أمرنا الله بطاعة الرسول واتباعه: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾[٢]، كما دل على حجيتها ومنزلتها من الكتاب قوله ﷺ فى حجة الوداع: «تركت فيكم أمرين لن تضلوا بعدهما أبدا كتاب الله وسنة نبيه». وإقراره لمعاذ بن جبل لما قال «أقضى بكتاب الله فإن لم أجد فبسنة رسوله ...» كما أن الصحابة أجمعوا على وجوب اتباع سنن الرسول فى حياته وبعد مماته.

وإنما تأخرت مرتبتها عن القرآن لأن القرآن مقطوع بتبليغه لنا جملة وتفصيلا بينما السنة مقطوع بصدورها عنه جملة لا تفصيلا، وعلى هذا إذا تعارض الكتاب والسنة وفق بينهما إن إمكن وإلا قدم الكتاب.

ونحن إذ نتمسك بالسنة ونعمل بها إنما نتمسك بكتاب الله ونعمل به؛ لأنها مبينة له ومفسرة. قيل لأحد الصحابة: «لا تحدثونا إلا بالقرآن» فقال: «والله لا نبغى بالقرآن بدلا ولكن نريد من أعلم منا به» وقد روى عن حسان بن عطية أنه قال: «كان الوحى ينزل ويحضره جبريل بالسنة التى تفسر ذلك».

ولذا نجد كل فرع فقهى له دليله منها حتى أن بعض رجال الحديث بوبوا الحديث على أبواب الفقه ليسهل استخراج الدليل من الكتاب، وما يوضحه من السنة فهى مبنية للمجمل منه، ومع هذا فقد ثبت بها أحكام غير منصوص عليها فى القرآن مثل الأحاديث الواردة بمشروعية الشفعة وخيار الشرط وقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وكل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير إلى غير ذلك.

(١) إلا طائفة قليلة ردت الأخبار كلها، راجع الأم للشافعى جـ ٧ ص ٥، وفقه الكتاب والسنة للأستاذ الأكبر الشيخ حسن مأمون شيخ الأزهر

(٢) سورة الحشر الآية ٧ جـ ٢٨

أقسام السنة من ناحية روايتها وتفاوت الفقهاء في الأخذ بها :

ما روى عن الرسول إما أن يكون مسندا أو مرسلا، أو بمعنى آخر إما أن يكون متصلا فى روايته أو منقطعا.

أولا : المسند ـ المتصل ـ وهذا إما أن يكون :

١ ـ **متواترا** : أى تواترت روايته جماعة عن جماعة[(١)] يؤمن تواطؤهم على الكذب من زمن الرسول حتى تدوينه، وهذا يفيد اليقين، وهو حجة فيما ورد فيه، والأخذ به محل اتفاق الفقهاء، وهذا النوع هو الكثير فى السنن الفعلية لاطلاع جمهور المسلمين على أفعاله المتكررة، كالوضوء والصلاة والحج وتناقلهم لها جيلا بعد جيل، أما السنة القولية (الحديث) فالمتواتر فيها قليل جدا على الراجح[(٢)]، ومن هذا قوله عليه السلام : «من كذب على متعمدا فليتبوأ مقعده من النار».

ولا يمنع من التواتر اختلاف اللفظ بين الروايات ما دام المعنى لا يختلف فيها جميعها، ويسمى هذا بتواتر المعنى، ويسمى الذى اتفقت رواياته من ناحية اللفظ والمعنى بمتواتر اللفظ.

والمتواتر بنوعيه يفيد اليقين ويعتبر قطعى الثبوت فيجب العمل به ويكفر جاحده.

٢ ـ **وإما أن يكون مشهورا** : وهو ما رواه عن الرسول عدد من الصحابة لا يبلغ حد التواتر واحدا كان أم أكثر، بحيث لا يمتنع عادة تواطؤ أفراد هذا الجمع على الكذب، ثم يرويه بعد ذلك جمع من جموع التواتر فى العصر الثانى حتى عصر التدوين مثل ما رواه عمر بن الخطاب ثم نقله عنه جمع متواتر : «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» فالسنة المشهورة لا يتوافر فيها التواتر فى الطبقة الأولى.

(١) لا يشترط فى الجمع عدد معين على الراجح، وإنما يترك تقديره للعقل.

(٢) وبعض العلماء أنكروا وجود الحديث المتواتر.

والمسند المشهور مصدر تشريعى، وهو إن لم يفد اليقين فإنه يفيد طمأنينة قوية، لذا فإنهم أجازوا أن يقيدوا به مطلق الكتاب مثل قوله تعالى : ﴿من بعد وصية . .﴾ فقد جاءت الوصية غير مقيدة بمقدار معين، ولكن يقدرها الفقهاء بما روته السنة «الثلث والثلث كثير» وكذلك فإن الآية جاءت عامة ﴿من بعد وصية . .﴾ تفيد جواز الوصية لكل شخص حتى الوارث. فخصص بعض الفقهاء صحتها بغير الوارث، وبعضهم خصص نفاذها بغير الوارث مستندين إلى حديث «لا وصية لوارث». وكلا الحديثين مشهور.

٣ ـ وإما أن يكون خبر آحاد: وهو ما لم يبلغ حد التواتر أو الشهرة سواء رواه عن الرسول واحد أو أكثر من واحد بحيث لا يبلغ حد التواتر، وكذا يروى فى العصر الثانى فيرويه عن الصحابى واحد أو أكثر مما لا يصل إلى حد التواتر وهكذا فى العصر الثالث «تابعى التابعين» وفى الواقع أن معظم السنة من هذا القبيل.

وهذا النوع لا يفيد اليقين ولا العلم، وإنما يفيد الظن. ويتفاوت الفقهاء فى الأخذ به، ووضعوا لذلك شروطا.

فالأحناف اشترطوا للأخذ به :

١ ـ ألا يخالف راويه العمل به.

٢ ـ أن يكون الحديث فى غير ما تعم فيه البلوى ويتكرر وقوعه لأن مثله يكون مشهورا متعارفا.

٣ ـ أن يكون موافقا للقياس والأصول الشرعية وإلا فإنهم يردونه قياسا على الشهادة التى لا تقبل آحادية فى الأصل.

أما مالك فإنه اشترط للأخذ بخبر الآحاد أن يكون موافقا لعمل أهل المدينة، وخالف أكثر الفقهاء مالكا فى هذا.

واشترط الشافعى كما قدمنا أن يكون السند صحيحا، والحديث متصلا والمحدث ثقة معروفا بالصدق عاقلا لما يحدث به كما سمعه بلفظه

فلم يأخذ الحديث المرسل الذى سقط من سنده الصحابى إلا إذا كان راويه هو سعيد بن المسيب لشدة تثبته من الأحاديث المرسلة والتأكد من أنها متصلة.

ولم يشترط الظاهرية ولا أحمد بن حنبل فى إحدى روايتين عنه شيئا من ذلك لأن النبى ﷺ إذا ما أراد أن يفتى أو يحكم فى مسألة لم يكن يدعو لذلك جميع أهل المدينة ولا جميع الصحابة، وروى عن أحمد أنه اشترط صحة السند والاتصال للأخذ بالحديث فهو بهذا يوافق الشافعى غير أنه أخذ بالمرسل فيكون موافقا للأحناف والمالكية فى هذا.

وعلى كلٍّ فالفقهاء متفاوتون فى الأخذ به، فمنهم من احتاط وحكم القواعد العامة المرعية فى التشريع ورد مخالفها من ذلك، ومنهم من كان احتياطه فى عدم التهجم على الحديث بمجرد مخالفته للأصول العامة، وعلى كل فجمهور الفقهاء على أن خبر الواحد العدل الثقة يفيد العلم، ويعمل به إذا احتفت به القرائن(١).

أما المرسل: فهو عند الفقهاء والأصوليين وجماعة من المحدثين ما انقطع إسناده على أى وجه كان انقطاعه، فهو عندهم بمعنى المنقطع لا فرق، وقال جماعة من المحدثين أو أكثرهم لا يسمى الحديث مرسلا إلا ما أخبر فيه التابعى عن رسول الله فلا يعتبر حديث الصحابى مرسلا رغم سقوط أحد رواته عن الرسول.

وعلى كلٍّ فالفقهاء يتفقون على العمل بمرسل الصحابى، أما ما عدا مراسيل الصحابة فالشافعى لا يحتج بها إلا إذا انضم إلى المرسل ما يعضده ويقويه، كأن يروى نفس الحديث مرسلا من طريق آخر، أو يروى مسندا من طريق آخر، أو يكون قد عمل به بعض الصحابة، ومع هذا فالشافعى يحتج بمراسيل سعيد بن المسيب لأنه تتبع أحاديثه المرسلة كلها فوجدها

---

(١) الرسالة للشافعى ص ٩٨، الأحكام للآمدى جـ ص ١٦١، الأحكام لابن حزم جـ ١ ص ١٠٨.

متصلة، ولأنه كان لا يروى إلا عن ثقة، وجمهور الفقهاء «الأحناف والمالكية والحنابلة» يحتجون بالمراسيل(١).

هذا والسنة بوجه عام من ناحية دلالتها على الأحكام إما أن تكون دلالتها قطعية إذا كان اللفظ لا يحتمل تأويلا مثل ما روى عنه من أنه قال فى ميراث الجدة: «أطعموا الجدات السدس» فالسدس لا يحتمل التأويل.

وقد تكون دلالة السنة على الحكم ظنية، وهذا إذا كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى كقول الرسول : «لا نكاح إلا بولى» فهو يحتمل أنه لا نكاح صحيح أو كامل وعلى هذا فهل الولى شرط صحة أم لا(٢).

وعلى كلٍّ فقد كان الخلاف فى مصطلح الحديث سببا فى اختلاف الفقهاء فى أحكام الفروع والفتوى، ومن ناحية أخرى فإن علماء مصطلح الحديث لم يأخذوا بالأحاديث على علاتها، وإنما وضعوا قواعد وموازين دقيقة لنقد الرواة وتحرى الإسناد والضبط والعدالة مما يجعل الحديث الصحيح من غيره واضحا بينا، ومما يجعل الأخذ بالحديث وإسناد الحكم إليه مطمئنا.

الأحكام التى جاءت بها السنة : والسنة قد تكون مؤكِّدة لما فى القرآن وهذا النوع كثير جدا، وقد تكون مفسرة له وهذه إما أن تكون مبينة لمجمل الكتاب والأحاديث التى بينت مواقيت الصلاة وعدد ركعاتها ومقدار نصاب الزكاة وشعائر الحج وغير ذلك، وإما أن تكون مقيدة لمطلقه أو مخصصة لعامه كما قدمنا.

وقد تكون السنة مكملة أى أتت بحكم مسألة سكت عن حكمها القرآن مثل حديث : «أطعموا الجدات السدس» وكأحاديث الشفعة، وعلى كلٍّ فما جاء به هذا النوع من زيادة لا تخرج عن قواعد القرآن الأساسية.

---

(١) صحيح مسلم جـ١ ص ٣ وراجع تفصيل ذلك فى كتب أصول الفقه.

(٢) راجع لنا الزواج والفرقة وآثارهما فى الفقه الإسلامى مطبعة مصر بالخرطوم جمهورية السودان.

وبالجملة فيمكن القول بأن السنة ترجع إلى القرآن، لأنها إما تفريع على أصل قرآني أو شرح لقاعدة كلية فيه أو بسط لحكم مجمل، وإما أن تضع لنا قاعدة عامة مستمدة من وقائع جزئية ووقائع كلية في القرآن[١].

كانت هذه هي مصادر التشريع الإسلامي في عهد الرسول وهي - كما علمت - مصادر مستقلة بذاتها في التشريع، أما اجتهاد الرسول وأصحابه في عهده فقد سبق الكلام عنه، وبانتقال الرسول إلى دار البقاء انقضى عهد التشريع، إذ تمت شريعة الله ووضعت كلياتها عند نزول الوحي بقول الله تعالى: ﴿**أكملت لكم دينكم**﴾.

(١) راجع هذا في الموافقات للشاطبي جـ ٣ ص ١٦، جـ ٤ ص ٤٧.

المبحث الثالث

شرع من قبلنا

قد شرع الله قبل شريعة الإسلام شرائع أخرى تناولت أحكاما جاء ذكر بعضها فى القرآن والسنة(١).

منها ما نسخته(٢) شريعتنا وابطلت حكمه، مثل قوله تعالى : ﴿**قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه فسق أو رجسا أهلّ لغير الله به، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم * وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا إو ما اختلط بعظم**(٣) ..﴾ فبعد أن بين ما حرمه الله على الأمة الإسلامية قص علينا ما كان قد حرمه على اليهود جزاء بغيهم، ومن هذا قوله عليه السلام : «أحلت لى الغنائم وما أحلت لأحد من قبلى» فهو يدل على أن أخذ الغنائم كان محرما فى الماضى على الغانمين ثم نسخ هذا التحريم وأبيح فى شريعتنا.

ومنها ما قصه علينا القرآن والسنة وأمرنا باتباعه مثل تشريع الصيام لنا، يقول الله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون**﴾ (٤). ومثل تشريع الأضحية إذ يقول الرسول: «ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم»، فنحن بهذا نكون قد نهينا عن الأول والزمنا بالثانى.

أما ما يرد فى الكتاب والسنة من أحكام فى الشرائع السابقة من غير نهى عنها أو أمر باتباعها فجمهور الفقهاء على أننا نلتزم بها وتكون شرعا لنا يلزمنا

---

(١) راجع فواتح الرحموت على المستصفى للغزالى جـ ٢ ص ١٨٣ / ١٨٤.

(٢) النسخ فى اللغة الإزالة، ونسخ الآية بيان انتهاء التعبد بقراءتها أو بالحكم المستفاد منها أو بهما جميعا. راجع كتب التفسير وكتب الأصول فى موضوع النسخ، وراجع رسالة الأستاذية للشيخ سيد طه.

(٣) سورة الأنعام الآية ١٤٥، ١٤٦ جـ ٦.

(٤) سورة البقرة جـ ٢ / ١٨٣.

اتباعه، ومن هذا قوله تعالى : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾[١] فاستدل بها بعض الفقهاء على ثبوت القصاص بين المسلم والذمى وبين الرجل والمرأة. كما استدلوا على جواز القسمة بالمهايأة بقوله تعالى : ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾. واستدلوا على جواز الجعالة بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾ كما استدل الأحناف على جواز قتل المسلم بالذمى بأن قول الله تعالى : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ جاء عاما ولم يرد فى شرعنا ما ينسخ هذا الحكم أو يغير من عمومه.

واستدل هؤلاء على حجية هذه الأحكام بالنسبة لنا بقول الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا﴾ فهى تصرح بأن التوراة يحكم بها النبيون، ولا شك فى أن محمدا عليه السلام منهم، كما روى أن النبى رجع إلى التوراة عندما رجم أحد اليهود[٢].

وقال بعض الشافعية ورواية عن أحمد، وعليه الأشاعرة والمعتزلة أن ذلك لا يكون شرعا لنا لأن الأصل فى الشرائع السابقة أنها مخصوصة بأمم خاصة بخلاف شريعتنا التى جاءت عامة ناسخة لكل ما تقدمها من الشرائع، فلا تكون الشرائع السابقة شرعا لنا ما لم يوجد فى شرعنا ما يدل على المطالبة بها يقول الله : ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾ كما استدلوا بأن الرسول أقر معاذ بن جبل على أن يأخذ بالاجتهاد إذا لم يجد للمسألة حكما فى كتاب الله أو سنة رسوله. ولو كان شرع من قبلنا مصدرا لأحكامنا لما جاز العدول عنه إلى الاجتهاد.

والواقع أن النفس تطمئن إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ما دام الحكم لا يتعارض مع ما فيه صلاح الناس لأن الشرائع السابقة شرائع سماوية ولا نأخذ منها

(١) سورة المائدة آية ٤٠ جـ ٦.

(٢) ومن الممكن أن يقال إن الآية والحديث يفيدان صحة الحكم بشريعة من قبلنا إذا اختصموا إلينا ولم يكن فى شريعتنا حكم لها.

إلا ما ورد نصه عندنا، أو نقل إلينا على لسان رواة مسلمين عدول ضابطين، ولم يكن هناك في تشريعنا عن حكمه أمر به أو نهى عنه وليس هذا بأقل من قول الصحابي الذي اعتبره البعض مصدرا من مصادر الأحكام[1].

(١) واختلف العلماء في أن الرسول قبل بعثه كان يتعبد بإحدى الشرائع السابقة؟ فقيل نعم تعبد بشريعة نوح وقيل بشريعة إبراهيم، وقيل موسى، وقيل عيسى، وقيل بأنه لم يتعبد بإحدى الشرائع السابقة إذ لو حدث ذلك لاشتهر وتفاخر به أتباع هذه الشريعة.

والواقع أن بعض ما كان يفعله الرسول يتفق مع بعض الشرائع السابقة وهذا وإن كان لا يدل على أنه يدين بها إلا أنه لا ينفي ذلك فلا سبيل إلى القول بوقوع أحد الأمرين.

الفصل الثالث

مصادر نقلية من غير طريق الوحي

الإجماع . قول الصحابي . العرف

المبحث الأول

الإجماع

الإجماع[(١)] : هو اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية[(٢)] فى عصر من العصور[(٣)] ـ بعد انقضاء فترة الرسالة ـ على حكم شرعى، فلابد لتحقق الإجماع من أمور :

الأول : أن يجمع المجتهدون[(٤)] فى الأمة الإسلامية على رأى، وعلى هذا فلو أجمع غير المجتهدين على رأى لا يكون إجماعا، ولو خلا بعض العصور من المجتهدين لم يتحقق الإجماع، وإذا وجد نفر قليل منهم تحقق الإجماع.

الثاني : أن يتفق جميع المجتهدين فلا يشذ عنهم أحد؛ لذا فإن عمر منع خروج الصحابة من المدينة. هذا وإن اعتبر رأى الأكثرية حجة، لأنه لابد أن يكون مستندا لدليل راجح[(٥)] إلا أن الحق يحتمل أن يكون بجانب المخالف.

---

(١) الإجماع فى اللغة بمعنى العزم العام والتصميم على أمر، وهذا بقول الله تعالى : ﴿فاجمعوا أمركم وشركاءكم﴾ ويطلق بمعنى الاتفاق على أمر . . أيضا.

(٢) ويرى مالك أن الإجماع يتحقق بإجماع فقهاء أهل المدينة فقط لأنها دار الهجرة والصحابة، وأهلها أعلم بالوحى، ويرى داود وشيعته أن الإجماع يتحقق باتفاق مجتهديهم وحدهم. راجع كتب الأصول، ومقدمة ابن رشد جـ ١ من ص ١٩/ ٢٥، والرأى فى الفقه الإسلامى للدكتور مختار القاضى سنة ١٩٤٩.

(٣) ويرى الظاهرى وهو رواية عن أحمد أن الإجماع لا يعتبر إلا من الصحابة دون غيرهم : الإحكام لابن حزم جـ ٤ ص ١٤٧ وإعلام الموقعين جـ ١ ص ٢٤.

(٤) من شروط المجتهد الا يكون فاسقا.

(٥) الإحكام للآمدى جـ ١ ص ١٢٠.

وهناك من العلماء من يرى أن الإجماع يتحقق باتفاق أكثر المجتهدين حتى لو خالف الأقل منهم.

الثالث : أن يكون ما أجمعوا عليه حكما شرعيا قابلا للاجتهاد مثل ما يتعلق بالحل والحرمة والصحة والبطلان، إما إذا كان حكما غير دينى كأمور الحرب أو حكما دينيا غير اجتهادى كأحوال الآخرة مما يعرف بالنقل، أو كان حكما دينيا اجتهاديا لكن ثبت بدليل قطعى الدلالة والثبوت، فإن هذا جميعه ليس محلا للاجتهاد.

الرابع : أن يكون الإجماع بعد وفاة الرسول، إذ فى حياته إن وافقهم على ما أجمعوا عليه كان سنة تقريرية، وإن خالفهم سقط ما أجمعوا عليه.

إما إذا انقسمت الأمة إلى فرقتين فى عصر من العصور. وأجمع المجتهدون فى إحدى الفرقتين على رأى، وأجمعت الفرقة الثانية على رأى آخر، فهل يعتبر هذا إجماعًا منهم على الرأيين بحيث لا يجوز إحداث رأى ثالث، أم لا يعتبر إجماعا مطلقا لعدم اتفاق جميع مجتهدى الأمة على رأى واحد؟

فى الواقع أن المسألة خلافية. فأكثر الفقهاء على عدم جواز إحداث رأى ثالث. وبعض الفقهاء أجازوا إحداث رأى آخر إذ لم يعتبروه إجماعا ملزما، وهناك من قال ننظر إذا كان الرأى الثالث يرفع ما اتفقوا عليه فلا يصح، وإلا فإذا كان العمل بالرأى الثالث لا يرفع ما اتفقوا عليه صح العمل به لأنه لم يخالف إجماعا بخلاف الحالة الأولى.

فمثلا توريث الجد مع الإخوة اختلف فيه فقهاء العصر الأول، فقال قول، يرث الجد الجميع ولا شىء للإخوة معه، وقال آخرون : يرث مع الإخوة، فإذا ظهر بعد ذلك قول بأن الإخوة ترث الكل دون الجد، فلا يصح ولا يؤخذ به لأنه خالف إجماعا سابقا على توريث الجد، إذ كلا الفريقين يورثه

ومثال الحالة الثانية التى يجوز فيها إحداث رأى : تركة يراد توزيعها بين أب وأم وأحد الزوجين، قال فريق من فقهاء العصر الأول : للأم ثلث كل المال، وقال فريق آخر: تأخذ ثلث الباقى، فالقول بعد ذلك بأخذ ثلث جميع المال مع أحد الزوجين وثلث الباقى مع الآخر يصح العمل به، لأنه لا يرفع شيئا مما اتفق عليه ووافق كل فريق فى مسألة[١].

والإجماع بوجه عام : رأى فريق من أصحاب النظام[٢] والشيعة أنه لا يمكن تحقيقه لأنه إذا كان لابد فيه من اتفاق جميع مجتهدى الأمة، فإن هذا يستلزم معرفة أشخاص المجتهدين جميعا، ومعرفة رأى كل واحد منهم وهذا متعذر، كما إذا كان أساس الإجماع دليلا قطعيا لأغنانا فى الحجية هذا الدليل عن الإجماع. وإن كان أساسه دليلا ظنيا فلا يمكن تحقيق الإجماع لاختلاف استنباط الناس وفهمهم.

أما جمهور الفقهاء فقالوا أن انعقاد الإجماع ممكن، وتحقق فعلا، فقد روى أن المجتهدين من الصحابة قد أجمعوا على أحكام كثيرة كإجماعهم على إعطاء الجدات السدس، وإجماعهم على بطلان تزوج المسلمة بغير مسلم، وصحة عقد الزواج دون تسمية صداق، وعلى منع بيع الطعام قبل قبضه، وإجماعهم على خلافة أبى بكر، ومقاتلة جامعى الزكاة، وجمع القرآن فى مصحف واحد.

وفى الحق أن الإجماع ممكن فى عصر الصحابة لقلة عددهم دون العصور الأخرى، أما فى عصرنا الحاضر فهو متصور لسهولة الإعلان عن الرأى وسرعة الاتصال.

أنواع الإجماع : والاتفاق قد يكون كلاميا وهو الإجماع القولى، وقد يكون بالعمل وهو الإجماع العملى، ولا يشترط فى شىء من هذا اجتماع المجتهدين فى مجلس واحد، فيصح أن يجتمعوا فى مجلس ويتفقوا على رأى، كما يصح أن تعرض مشكلة على مجتهد فيفتى فيها برأى، ثم تعرض على آخر

(١) راجع المستصفى للغزالى جـ ١ ص ١٩٦ وغيره من كتب الأصول.

(٢) هو إبراهيم بن يسار البصرى توفى سنة ٢٣١ هـ وكان رئيسا لبعض طوائف المعتزلة، وهو أول من أنكر حجية الإجماع والقياس.

فيفتى فيها بنفس الرأى، وهكذا حتى يتفق رأيهم جميعا، وقد يكون الإجماع بتكلم البعض أو عمله وسكوت الباقين على هذا بعد علمهم به، ومضى مدة التأمل بعد الفتوى أو القضاء، وعدم وجود مانع يخيف الساكت من إبداء رأيه على أن يكون السكوت مجردا من علامات الرضا والاستحسان، ولا مصحوبا بما يدل على الكراهية وإلا لكان إجماعا صريحا فى الأول ولما تحقق فى الثانى.

والإجماع السكوتى عند أكثر الحنفية وأحمد بن حنبل إجماع قطعى، وقال المالكية والشافعى أخيرا وأكثر المتكلمين وبعض الحنفية ليس إجماعا ولا حجة[(١)].

رأى الفقهاء فى حجية الإجماع : اتفق جمهور المسلمين[(٢)] من الفقهاء على حجية الإجماع غير السكوتى واعتباره دليلا من أدلة الأحكام الشرعية، وعلى أن الحكم المجمع عليه يصير ثابتا قطعيا فلا تجوز مخالفته ولا يصح أن يبقى الموضوع الذى صدر فيه الحكم الجماعى محلا للاجتهاد بعد ذلك.

واستدلوا بقوله تعالى : **﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا﴾**[(٣)]. يقول ابن رشد[(٤)] : «لأن الله تعالى توعد باتباع غير سبيل المؤمنين فكان ذلك أمرا واجبا باتباع سبيلهم»[(٥)] كما استدلوا بقوله ﷺ: «لا تجتمع أمتى

(١) ومن الفقهاء من قال إنه إجماع قطعى فى الفتيا لا فى القضاء، ومنهم من قال هو إجماع فى القضاء لا فى الفتيا، ومنهم من قال إنه حجة بشرط انقراض أهل العصر الذى ظهر فيه هذا الرأى، لكن الآمدى من الشافعية فى أصوله اختار أنه حجة ظنية، وكذا الكرخى من الحنفية، واستدل كل فريق بأدلته وليس هنا مجال بيانها - راجع الأحكام للآمدى جـ ١ ص ١٣٠.

(٢) ولم يخالف فى ذلك سوى النظام وبعض الشيعة، إذ يرون أن الإجماع لا يمكن تحققه خصوصا عند من يرى إجماع كل المجتهدين، ولأن الله تعالى يقول فى سورة النساء : ﴿فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول﴾ فالله جعل المرجع إلى الكتاب والسنة فلا يصح أن يكون الإجماع مرجعا شرعيا، لأن الله لا يأمر برد الأمر المتنازع فيه إلى الأمة.

(٣) سورة النساء الآية ١١٥ جـ ٥.

(٤) راجع شرح المنار لابن ملك من ٧٣٢/٧٤٧، والتلويح والتوضيح جـ٢ ص ٣٢٦.

(٥) والاستدلال بهذه الآية فيما يبدو لا يسلم من المناقشة إذ الظاهر من المعنى «أن من يعادى الرسول ولا يناصره ويسلك مسلك غير المؤمنين فى هذا » فاحتمال هذا المعنى وإن لم يكن مقطوعا به إلا أنه لا أقل من أن يسقط الاستدلال بالآية على حجية الإجماع.

على ضلالة» . وبقوله : «لا تجتمع أمتى على الخطأ» وبقوله: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» وهى أحاديث وإن لم تكن متواترة فى مفرداتها إلا أنها كلها متواترة فى معنى واحد، والمتواتر المعنوى كالمتواتر اللفظى.

لابد عند الإجماع من سند يستندون إليه: بعض الفقهاء يتفقون على أن الإجماع لا ينعقد إلا عن مستند لأن الفتوى من غير مستند تعتبر خطأ ثم يصير الإجماع نفسه دليلا وسندا يحرم مخالفته بعد أن كانت المخالفة للسند جائزة قبل الإجماع.

ومنهم من لا يرى ضرورة لذلك، وأجازوا صدور حكم إجماعى بتوفيق الله لهم لاختيار الصواب، لأنه لو لزم للإجماع، سند لكان السند نفسه هو الحجة ولا فائدة من الإجماع كما أنه قد حدث الإجماع من غير أن يكون له سند، فقد اجمعوا على صحة بيع المعاطاة بلا دليل.

ولا يسلم هذان الدليلان من المناقشة. أما الأول : فقد قلنا أنه بالإجماع صار الإجماع نفسه هو السند وحرمت مخالفته بعد أن كانت مخالفة السند قبل الإجماع جائزة ما دامت دلالته ظنية أو ثبوته ظنيا.

وأما الثانى : فليس هناك دليل على أنه لم يكن هناك مستند للإجماع، ومع هذا فكون بيع التعاطى مجمعا عليه محل نظر لمخالفة الشافعى.

والإجماع المستند إلى الكتاب، مثل إجماع الفقهاء على حرمة التزوج بالجدة مستندين إلى قول الله تعالى : ﴿حرمت عليكم أمهاتكم ..﴾ فقالوا إن المراد تحريم الأصول والجدة أصل كالأم.

والإجماع المستند إلى السنة مثل حكمهم للجدة فى الميراث بالسدس، إذ روى أن النبى ﷺ أعطاها السدس.

والإجماع المستند إلى قياس : قياسهم الخلافة العامة على الإمامة فى الصلاة، وإجماعهم على خلافة أبى بكر، يدل على ذلك قولهم : «رضيه النبى

لأمر ديننا أفلا نرضاه لدنيانا» وإجماعهم في زمن عمر على جلد شارب الخمر ثمانين جلدة قياسا على حد القذف، يقول علي «إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفترى ثمانون جلدة»

والفقهاء الذين يرون المصالح المرسلة حجة يرون صلاحيتها لأن تكون سندا للإجماع أيضا، وقالوا إن إجماعهم على جمع القرآن في مصحف واحد كان أساسه المصلحة.

والحكم المجمع عليه المبنى على المصلحة يتغير تبعا لتغيرها، ولذا فإن سعيد ابن المسيب وغيره أفتوا بجواز تسعير السلع محافظة على أموال الناس ومصالحهم، رغم إجماع الصحابة من قبل على ترك التسعيرة[١].

واستناد الإجماع إلى القياس أو المصلحة محل خلاف ليس هنا محل تفصيله[٢].

---

(١) وقد كان المحتسب في الأندلس يمر بالأسواق ويلزم الناس بوضع أسعار بضائعهم مكتوبة - تاريخ القضاء لعرنوس

(٢) راجع أصول الفقه للمرحوم الأستاذ الخضرى ص ٣٢٦، التوضيح على التنقيح جـ ٢ ص ٢٢٩، مرآة الأصول ص ٣٢

المبحث الثانى

قول الصحابى

الصحابى الذى نبحث فى حجية قوله هو من آمن برسول الله قبل فتح الحديبية وغزا مع المسلمين غزوة أو أكثر واشتهر بالفقه والفتوى، وتوافرت لديه الملكة الفقهية[١].

وقول الصحابى كنا نفعل كذا فى زمن الرسول عليه السلام أو وهو بيننا أو فينا ونحو ذلك يعتبر فى الحقيقة سنة رواها الصحابى.

وقول الصحابى لا يكون حجة ملزمة لصحابى آخر[٢]. وقد روى [٣] أن خصومة حدثت بين أمير المؤمنين على بن أبى طالب وبين يهودى على ملكية درع، فاحتكما إلى شريح القاضى، فطلب من على «المدعى» شاهدين، فاستشهد بمولاه قنبر وابنه الحسن، فقال شريح : أما شهادة مولاك فقد أجزتها لك، وأما شهادة ابنك فلا أجيزها، وكان على وهو من أجل الصحابة يجيز شهادة الابن[٤].

أما بالنسبة لمن بعدهم: فإذا كان فى أمر لا يدرك بالعقل ولا مجال للرأى فيه كان حجة من غير خلاف، لأنه لابد أن يكون قد سمعه من الرسول. مثل تحديد أقل مدة الحيض، فإنه روى عن عبد الله بن مسعود أن أقل مدة الحيض ثلاثة أيام، فلا مجال للعقل فى تحديد هذه المدة، ولابد أن يكون طريق معرفتها السماع من الرسول.

---

(١) من الأصوليين من قال إنه من لقى النبى مؤمنا وطالت صحبته به حتى أصبح يطلق عليه اسم الصاحب فى عرف الناس.

(٢) الآمدى جـ ٤ ص ٢٠١، سبل السلام.

(٣) الموافقات جـ ٤ ص ٤٠، فواتح الرحموت على المستصفى جـ ٢ ص ١١٨٥/ ١٩٨.

(٤) ومع هذا فقد خضع لرأى القاضى وسلم الدرع لليهودى، مما جعل اليهودى يقول أمير المؤمنين مشى معى للقضاء فقضى عليه القاضى فرضى بحكمه صدق والله إنها درعه، فسلمها إليه وأسلم.

وقول الصحابى الذى لم يعرف له مخالف من الصحابة يحتج به، إذ سكوت الصحابة عليه يعتبر إجماعا سكوتيا، ولأن قوله فى هذه الحالة محمول على السماع من النبى ﷺ، ولأن عدم مخالفتهم له مع قوة وازعهم الدينى وعدم خشيتهم فى الله شيئا، يقتضى أن ما قاله هذا الصحابى جاء بمقتضى الشرع.

أما إذا كان قولا صادرا عن رأيه واجتهاده فيما يدرك بالعقل والاجتهاد، وكان موضع خلاف من الصحابة فهذا هو محل خلاف الفقهاء: فذهب قوم إلى حجيته إن خالف القياس، وذهب آخرون إلى حجيته فى قول أبى بكر وعمر دون غيرهما، أما الشيعة والأشاعرة المعتزلة والشافعى فى أحد قوليه وأحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين عنه والكرخى من الأحناف على أنه ليس بحجة، وذهب مالك ابن أنس وبعض الأحناف والشافعى فى قول له وأحمد بن حنبل فى رواية له أنه حجة مقدمة على القياس، واختار الآمدى أنه ليس بحجة[1].

واستدل نفاة الحجية من الشيعة بأن المصادر بعد الكتاب والسنة ما يقوله أئمتهم المعصومون، والصحابة غير معصومين، ويعلل الغزالى فى المستصفى[2] بقوله: « . . ليس بحجة لانتفاء الدليل على العصمة ووقع الاختلاف بينهم وتصريحهم بجواز مخالفتهم، ففى هذا ثلاثة أدلة قاطعة على جواز مخالفة الصحابى» كما يعلل الشوكانى ذلك بقوله[3] : «والحق أنه ليس بحجة فإن الله سبحانه لم يبعث إلى هذه الأمة إلا نبينا محمدا عليه السلام، وليس لنا إلا رسول واحد وجميع الأمة مأمورة باتباع كتابه وسنة نبيه ولا فرق بين الصحابة ومن بعدهم فى ذلك . . ».

---

(١) الأحكام جـ ٤ ص ٢٠١.

(٢) المستصفى جـ ١ ص ٢٦٠ ويقول : « وقد ذهب قوم إلى أن مذهب الصحابى حجة مطلقا، وقوم إلى أنه حجة إن خالف القياس ، وقوم إلى أن الحجة فى قول أبى بكر وعمر خاصة وقوم إلى أن الحجة فى قول الخلفاء إذا اتفقوا، والكل باطل عندنا».

(٣) إرشاد الفحول للشوكانى ص ٢٢٦.

واستدل القائلون بالحجية وهم أئمة الحنفية ومذهب مالك وقول لأحمد ورواية عن الشافعي [(١)] أنهم أقرب إلى فهم روح الشريعة ومراميها، فإدراكهم لأحكام الشريعة أكثر من إدراك غيرهم، ويكون كلامهم أحق بالاتباع، كما أنه من الجائز أن يكون ذلك الحكم سمعه الصحابي من الرسول ولم يسنده إليه مخافة الخطأ، حتى إذا كان أساس رأيهم القياس فقياسهم أصدق وأحوط من قياس غيرهم، ويستدلون على حجية قول الصحابي أيضا بقول الله تعالى : ﴿والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم بإحسان﴾. فاستدل بها مالك، ووجه الاستدلال أن الله تعالى أثنى عليهم وعلى من اتبعهم، كما استدلوا أيضا بقول الله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين﴾ فقد قال ابن عباس : الصادقون هم أصحاب محمد.

وقد وردت أحاديث كثيرة تفيد حجية أقوال الصحابة منها ما رواه الترمذي أن الرسول قال : «عليكم بالسمع والطاعة وإن تأمر عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة، وعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي، تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ، وإياكم ومحدثات الأمور فإن كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة».

وقد أيد ابن القيم[(٢)] القول بتأييد حجية قول الصحابي وأفاض في سرد الأدلة وبين آراء الأئمة وأوضح أن مرتبة قول الصحابي متأخرة عن الإجماع.

ونستطيع القول بأن مالكا وأحمد بن حنبل أكثرا من الاعتماد على قول الصحابي حتى أنه عد ركنا من أركان اجتهادهما، وهو مصدر للفقه عندهما بعد الإجماع ومقدم على القياس لأنه شعبة من شعب السنة يحتمل وقوع التعارض بينه وبين خبر الآحاد، ويرجح أحدهما على الآخر بوسيلة من وسائل الترجيح.

---

(١) وعن الشافعي في مذهبه الجديد ينسب إليه أنه قال : «لا يقلد المجتهد صحابيا» جاء ذلك في حاشية العطار على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٢١، وما نقله فخر الإسلام البزدوي ص ٩٢٧ يفيد أن هذا محل خلاف وتفصيل في المذهب الحنفي.

(٢) إعلام الموقعين جـ ٤ ص ١٢٠، وراجع أيضا الموافقات للشاطبي جـ ٤ ص ٤١.

أما عند الأحناف والشافعية فإنهم عندما يأخذون بقول الصحابى إنما يأخذون به على أنه تقليد واتباع للصحابى، وعلى أن اجتهاد الصحابى أقرب إلى الصواب من غيره ولا يعمل به إلا إذا افتقد النص.

ويقول أبو حنيفة : «إن لم يكن من كتاب الله أو السنة صرنا إلى أقاويل الصحابة أو واحد منهم» ودراستنا فى الواقع لا تتسع لتفصيل القول فيه، وإنما موضعه أصول الفقه.

المبحث الثالث

العرف

العرف والعادة هما بمعنى واحد(١)، يقول الغزالي في المستصفى : «العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة من أهل قطر إسلامي بشرط ألا يخالف نصا شرعيا» فالغزالي جعل العادة مرادفة للعرف.

غير أن أمير حاج يرى أن العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، والأمر شامل للأقوال والأفعال، وعلى هذا فباب العادة واسع يشمل كل متكرر من الأقوال والأفعال سواء أكان صادرا عن الفرد أو الجماعة. وسواء أكان مصدره أمرا طبيعيا كحرارة الإقليم وبرودته التي تجعل البلوغ عادة مبكرا أم كان مصدره العقل، وتلقى الطباع له بالقبول، وهو العرف. أم كان مصدره الأهواء والشهوات كالفسق وشهادة الزور مما يسميه الفقهاء فساد الزمان.

لكن الكمال بن الهمام(٢) قصر العادة على نوع من العرف وهو العرف العملي فقط، وسنسير هنا على ما قاله الغزالي في المستصفى من أنهما مترادفان وعلى هذا نستطيع القول بأن العرف هو ما اعتاده الناس وألفوه، فعلا كان أو قولا دون معارضة لنص.

والعرف قولي، كتقييد لفظ دابة بذوات الأربع، كالفرس والبقرة، مع أن الأصل اللغوي لها أنها وضعت لكل ما يدب على الأرض، وإطلاق لفظ ولد على

---

(١) راجع رسالة نشر العرف لابن عابدين. وراجع الرأي في الفقه الإسلامي للدكتور مختار القاضي ص ٢٢٧، الموافقات للشاطبي جـ ٢ ١٧٩-/ ١٩٩، المستصفى جـ ١ ص ٢١٧، والعرف والعادة في رأي الفقهاء للأستاذ احمد فهمي ابو سنة، مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٩.

(٢) في شرح التحرير جـ ٢ ص من ٣٦٩

الذكر دون الأنثى مع أن الأصل اللغوى يفيد شموله لهما، يقول الله : ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾ أى عند انعدام الأولاد ذكورا كانوا أو إناثا، وعدم إطلاق لفظ لحم على السمك مع أن القرآن سماه لحما يقول الله[1]: ﴿هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طريا ...﴾ .

ويكون العرف عمليا، وهو ما جرى عليه عمل الناس فى حياتهم وتعارفوه فى تعاملاتهم وتصرفاتهم.

والعرف قد يكون عرفا عاما، وذلك مثل تعارف الناس على بيع التعاطى وعلى عقود الاستصناع والجلوس فى المقاهى والأندية دون تحديد مدة للبقاء، وتعارف الناس على أن يكون وليمة عقد الزواج عند الزوجة، ووليمة الزفاف عند الزوج، ومنه إطلاق كلمة فقيه على قارئ القرآن. وقد يكون خاصا بإقليم كتعارف أهل القاهرة على أن تكون ثمن المياه فى المساكن على حساب المالك، وتعارف السكندريين على أن يكون ذلك على حساب الساكن ما لم ينص على خلاف ذلك عند التعاقد فى كلٍّ، ومن ذلك ما يتعارف عليه أهل الصناعات والحرف ومنه تعارف الناس والعلماء فى زماننا على إطلاق كلمة فقيه على من عنده علم بأحكام الفقه عن طريق قراءتها فى الكتب، والاطلاع عليها مع أن أصل الفقيه من له ملكة استنباط الأحكام الفقهية.

متى يصلح العرف لبناء الحكم : يشترط فى العرف ليبنى عليه الحكم أن يكون مطردا أو غالبا [2]، وألا يكون العرف مخالفا لما اشترطه أحد المتعاقدين عند التعاقد، وأن يكون العرف سابقا ومقارنا لزمن التعاقد، وألا يخالف نصا من الكتاب أو السنة ، لأن النص الشرعى حجة على العامة بخلاف العرف. فحجته إنما هى على من تعارفوا عليه فقط.

---

(١) سورة فاطر.

(٢) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم، وبذا نجد الإجماع يباين العرف من ناحية أن العرف يتحقق باعتبار أغلب الناس لأمر لا يعارض نصا، والإجماع لا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين، كما أن الإجماع قاصر على المجتهدين فقط بينما العرف يكون منهم ومن العامة أيضا، كما أن الإجماع يكون حجة على الناس جميعا أما العرف فحجيته قاصرة على من تعارفوا عليه.

ولكن إذا كان النص الشرعي مبنيا على عرف الناس وعاداتهم وقت صدوره بمعنى أن يكون النص ورد مقررا للعرف السائد ثم تغير العرف بعد ذلك فإن أبا يوسف من الأحناف يعتبر العرف الطارئ لا العرف الذي جاء النص مقررا له. لكن الإمام أبا حنيفة ومحمدا لا يعتبران هذا العرف الطارئ. فمثلا قد نص الشارع على أن البر والتمر والملح من المكيلات فإذا تغير العرف وأصبحت من الموزونات فهل يصح التعامل فيها بالوزن؟ بهذا يقول القاضي أبو يوسف. أما الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن فإنهما لا يجيزان ذلك ويعتبرانه ربا.

العرف واتخاذه دليلا على الأحكام : فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلافهم متفقون على اعتبار العرف بصفة عامة دليلا يرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهية إذا أعوزهم النص الشرعي من الكتاب والسنة، يدل على هذا قولهم « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » ، «العادة محكمة».

واستدلوا على ذلك بقوله عليه السلام : «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» وبهذا يكون العرف قد ثبتت حجيته بالنص[(١)]. ومن الفقهاء من استدل على حجية العرف بقوله تعالى : **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾**[(٢)] وبقوله تعالى : **﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾**[(٣)] لأن فى معارضة المتعارف عليه دون ضرورة مخالفته لنص أو حكم مجمع عليه فيه ضيق بالناس وحرج.

ومع هذا فالشارع قد اعتبر العرف فى كثير من الأحكام وأقره كما هو أو بعد تنظيم فيه فقد أقر ما هم عليه من بيع ورهن وإجارة وسَلَم إلى غير ذلك من بعض أنواع المعاملات.

---

(١) راجع فتح القدير جـ ٦ ص ١٥٧، والبدائع جـ ٥، والمبسوط جـ ١٢ ص ١٣٨.

(٢) سورة البقرة ٢٢٣.

(٣) سورة الحج.

والعرف الواجب الاعتبار هو الذى لم يخالف دليلا شرعيا، أما إذا تعارف الناس على شيء يتنافى مع النصوص الشرعية التى لم تبن على عرف سابق فإنه لا يكون محل اعتبار.

ولاشك أن اعتبار العرف مصدرا لاستنباط الأحكام يترتب عليه اختلافها فى الموضوع الواحد تبعا لاختلاف العرف، ويقولون فى ذلك : «إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان».

وعلى كل فالعرف حجة على من تعارفوا عليه يمكن أن يتخلف به الأثر والقياس، بل ويتخلف من أجله النص عند أبى يوسف إذا كان قد بنى على عرف سابق(١).

---

(١) راجع فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية السنة الخامسة العددين الأول والثانى بحث العرف للأستاذ الشيخ عمر عبد الله.

الفصل الرابع

المصادر العقلية

المبحث الأول

القياس

تعريفه والمراد به[1]: قلنا إن الأحكام جميعها مبنية على مقاصد ومصالح هي العلة في ثبوت الحكم والسبب في وجوده، ولما كانت الأحكام متناهية والوقائع غير متناهية، إذ يجد من الوقائع والحوادث ما لم يسبق حدوثه ولم يرد فيه بذاته نص ويراد معرفة حكم الله فيه، وكان هناك أمر آخر يشبهه ورد فيه نص أو حكم إجماعي، والعلة التي من أجلها شرع الحكم موجودة في الأمر الجديد، ألحقوا الأمر الذي لا نص فيه ولا حكم له بالأمر الذي صدر فيه حكم، لاتحاد العلة فيهما.

والقياس في اللغة يطلق على التسوية بين الشيئين : حسية كانت كتسوية شيء بشيء، أم معنوية كتسوية شخص بشخص في الكفاءة أو الخلق، ويطلق بمعنى التقدير، فيقال قاس الأرض بالقصبة والقماش بالمتر.

وهو عند الأصوليين إلحاق أمر لا نص فيه من الكتاب أو السنة بآخر منصوص على حكمه، وتطبيق حكمه عليه لاشتراكهما في العلة التي شرع لأجلها الحكم، أو هو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تدرك باللغة. والأصل يسمى مقيسا عليه والفرع يسمى مقيسا، ومعنى أن العلة لا تدرك باللغة هو أنها لا تعرف إلا بالاجتهاد والرأي أو بالنص عليها[2].

---

(١) راجع المستصفى جـ ١ ص ١٨٧ إلى ١٨٩.

(٢) أما العلة التي يكتفى بإدراكها العلم باللغة فهي علة دلالة النص أي دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنصوص عليه لما يرد فيه من نص لاشتراكهما في علة ثابتة بطريق اللغة ولا تتوقف معرفتها على اجتهاد ورأي.

والمراد من القياس هو إظهار أن حكم الله فى الفرع هو حكمه فى الأصل لأن الحكم يثبت فى الفرع ابتداء ولا حكم إلا لله، هذا معنى قول الأصوليين أن القياس مظهر للحكم لا مثبت له.

فإذا اختلف المجتهدون[1] فى حكم لاختلاف الأدلة فيه، واختلاف وجهات النظر فى فهمها وتأويلها، ولم يرد فيه نص صريح، ولم يسبق فيه إجماع من قبل، قاسوا الأمور بأشباهها وألحقوا المثيل بمثيله، ويكون ذلك بالغوص فى الكتاب والسنة، وتلمس الأشباه والنظائر، ثم القياس عليه.

وكذلك فإنهم ينفون الحكم عن مسألة جديدة إذا كانت العلة والأوصاف المؤثرة فيها لا تجمعها والمسألة المنصوص عليها، وهذا يسمى قياس العكس، ويمكن تعريفه بأنه تحصيل حكم معلوم نقيض ما فى غيره لافتراقهما فى علة الحكم، والأول يسمى قياس الطرد وهو المراد عند إطلاق كلمة قياس لأنه الأعم.

ومن أمثلة اجتهاد الفقهاء السابقين فى استنباط علل الأحكام وتطبيق الحكم على ما توجد فيه العلة وأخذهم بالقياس : ما قالوه من تحريم النبيذ قياسا على الخمر[2] لاشتراكهما فى العلة التى روعيت فى تحريم الخمر وهى : الإسكار، ولم يرد نص فى تحريم النبيذ، وقد ورد النص فى الخمر : ﴿**إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون* إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر**﴾[3] فالخمر أصل مقيس عليه، والنبيذ فرع مقيس، والعلة المشتركة بينهما هى إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس. وقياسهم بعد ذلك على الخمر فى التحريم كل مسكر على التفصيل الوارد فى موضعه.

---

(١) الإحكام للآمدى جـ ٣ ص ٦ والأسنوى جـ ٣ ص٢.

(٢) يرى بعض الفقهاء أن الخمر هى الشراب المتخذ من عصير العنب من غير طبخ بالنار وعلى هذا فلا تشمل النبيذ، غير أنه يترتب على شربه ما يترتب على شرب الخمر فيأخذ حكمه قياسا.

(٣) سورة المائدة الآية ٩٠ جـ ٧.

ومثل قياس حرمان الموصى له إذا قتل الموصى على حرمان الوارث إذا قتل المورث لاشتراكهما في العلة وهي القصد إلى استعجال الشيء قبل أوانه.

وقياس من يستأجر على إجارة غيره على من يبيع على بيع غيره المنهي عنه في الحديث، لاشتراكهما في العلة، وهي أن هذا الصنيع فيه إيذاء للأول ويؤدي إلى القطيعة والحقد، وهكذا، فالمثل كثيرة في كتب الفروع.

وللقياس أركان أربعة[1]:

١ ـ **مقيس عليه**: وهو الأمر الذي ورد نص بحكمه ويسمى أصلا.

٢ ـ **والمقيس**: وهو الأمر الذي جد ولم يرد في حكمه نص ويطلب معرفة حكم الله فيه ويسمى فرعا.

٣ ـ **العلة**: وهي الوصف المشترك بين الأصل والفرع والذي من أجله شرع الحكم في الأصل.

٤ ـ **حكم الأصل**: وهو الحكم الشرعي الثابت للأصل بنص أو إجماع[2] للوصف الملاحظ فيه ويريد المجتهد تعديته للفرع المقيس لوجود نفس الوصف فيه.

وعرف الأصوليون العلة بأنها الوصف الظاهر المنضبط المشتمل على المعنى المناسب للحكم. فلا يجوز التعليل بالوصف الخفي لعدم إمكان معرفته[3] ولا

(١) هذه الأحكام الأربعة لها شروط يجب أن تتحقق في كل منها، وموضع ذكرها في علم أصول الفقه.

(٢) حكم المقيس عليه الثابت بالإجماع يصح إثباته في المقيس على الراجح لأن العلة إن لم ينص عليها في الحكم الثابت بالإجماع فإنه يمكن إدراكها بطريق المناسبة، فولاية التزويج الثابتة بالإجماع للأب على بنته البكر الصغيرة، يمكن القول بأن العلة فيه هي الصغر لأنه الوصف المناسب بين الصغر وولاية التزويج فيمكن أن يقاس على هذا الحكم عند توافر الأركان والشروط. أما الأحكام الثابتة بالقياس فواضح أنه لا يقاس عليها وإنما يقاس على الحكم الأصلي الذي قيست عليه.

(٣) ولا يرى جمهور الأصوليين خفاء العلة عيبا فيها.

يجوز التعليل بالظاهر غير المنضبط لانها تختلف باختلاف الأفراد والأحوال، وكذلك فإنه لا يجوز التعليل بالوصف الظاهر المنضبط إذا انعدمت المناسبة بينه وبين الحكم إذ لا مناسبة بين العلة والمعلول.

فالإسكار يصلح أن يكون علة لتحريم الخمر. والسفر يصلح أن يكون علة للإفطار فى رمضان وقصر الصلاة، والقتل العمد العدوان يصلح أن يكون علة لإيجاب القصاص، وسكوت البكر عند تزويجها يصلح أن يكون علة لصحة العقد، واستعجال الإرث قبل أوانه بقتل الوارث لمورثه علة لحرمانه من الإرث، والاشتغال عن صلاة الجمعة بالبيع وقت النداء لها علة لكراهة البيع وقتها المستفاد من قول الله تعالى : **﴿إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾**.

هذا أما الطرق التى توصل إلى معرفة العلة، وما يجوز التعلل به، وأقسام العلة وشروطها وأركان القياس فإننا نتركها كلها إلى دراسة علم أصول الفقه، وإنما نكتفى هنا بالكلام عن حجية القياس والفرق بينه وبين الاجتهاد.

حجية القياس : جمهور فقهاء المسلمين على أن القياس دليل من أدلة الأحكام، وهو يفيد غلبة الظن، فيكون حجة يجب العمل به إذ هو يستند إلى علة حقيقية ظاهرة، ويتفق العمل به مع مقاصد الشريعة الأصلية، إذ المنقول الصحيح دائر مع المعقول الصحيح وجودا وعدما، واستدلوا على حجيته بقول الله تعالى : **﴿ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾**(١). وقوله تعالى : **﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾**(٢) يقول ابن رشد : أى بما أراك الله فيه من الاستنباط والقياس لأن الذى أراه الله فيه الاستنباط والقياس هو مما أنزل الله عليه وأمره بالحكم به حيث يقول : **﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾** ويقول الله تعالى : **﴿وتلك الأمثال نضربها للناس وما يعقلها إلا العالمون﴾**(٣) وقوله: **﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾**(٤) فإدراك الأمثال والاعتبار لا يكونان إلا بالتقدير والنظر كما فى القياس.

---

(١) سورة النساء جـ ٥ آية ٨٣. (٢) سورة النساء الآية ١٠٥ جـ ٥.
(٣) سورة العنكبوت جـ ٢٠ آية ٤٣. (٤) سورة الحشر جـ ٢٨ آية ٢

كما استدلوا بما قال النبى لابن مسعود ومعاذ، وأبى موسى الأشعرى، وبإجماع الصحابة على الأخذ به، فهذا الإمام على يطبق حد القذف على حد شرب الخمر حينما استشاره عمر فى حكمه فيقول : «نطبق عليه حكم المفترى لأنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفترى ثمانون جلدة» وهذا عمر يقول لأبى موسى الأشعرى : «اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور عندك».

والفقهاء يتفاوتون فى درجة الأخذ به بين مضيق وموسع، فالأحناف وهم من مدرسة أهل الرأى : يتوسعون فى الأخذ به ويقدمونه على خبر الآحاد غير المشهور من السنة، ويرى بعضهم أن مجرد الشبه فى الأوصاف دون اتفاق العلة كاف للقياس، وأما أحمد بن حنبل وهو من مدرسة الحديث فهو لا يلجأ إليه إلا للضرورة وعدم وجود دليل من السنة ولو ضعيفا(١) وبينهما مالك والشافعى(٢).

وينبغى لصحة القياس تحقق الآتى :

١ ـ أن تكون العلة هى الباعث للحكم، وظاهرة منضبطة بنفسها غير خفية أو مضطربة.

٢ ـ أن تكون العلة واحدة فى المقيس (الفرع) والمقيس عليه (الأصل) لأن الشيء إنما يلحق بغيره إذا تساويا بجميع الوجوه.

٣ ـ أن يكون حكم الأصل عاما إذ القاعدة أن النص على خلاف القياس يقتصر على مورده، أو بعبارة أخرى أن الاستثناء لا يتوسع فيه لأنه جاء على خلاف الأصل فلا يقاس عليه.

---

(١) وقد بينا مراده بالضعيف قبل.

(٢) وهناك من الفقهاء من منع الأخذ به كداوود الأصفهانى وأتباعه، وابن حزم وأصحابه الظاهرية، وفريق من المعتزلة واستدلوا بالآتى :

القرآن نهى عن الأخذ بالظن ﴿إن الظن لا يغنى عن الحق شيئا﴾ والقياس ظن إذ يبنى على استنتاج علة فى المقيس عليه.

وقالوا إن القياس يؤدى إلى الاختلاف فى الرأى والتناقض فى الأحكام تبعا لتفاوت الافهام.

وفى الواقع أن دليلهم محل نظر، لأن ما ذكر إنما هو خاص بالرأى والهوى إذ هو قياس فاسد، وإنما القياس الصحيح يستند إلى علة حقيقية ظاهرة.

الفرق بين القياس والاجتهاد : مجـال الاجتـهاد هو مـا يعرض من الوقائع سواء أكانت منصوصـا على أحكامها أو غير منصوص. فالاجتهـاد فيما فيه نص يكون بتفهم النـص والوصول إلى المراد منه، ومعرفة مـا إذا كان النص العام باقيا على عمومه أو خـصص، والمطلق هل بقى على إطلاقه أم قيد، والظاهر هل بقى على ظاهره أم أوّل وغير ذلك، والاجتهاد فـيما لا نص فيه يكون بالاستدلال على حكمه بالقياس أو الاستحـسان، أو مراعاة المصلحة المرسلة، أو بأى دليل من الأدلة التى نصبها الشارع للوصول إلى حكم ما لا نص فيه.

بينما مجال القياس هو الوقائع التـى لا نص على حكمها خاصة وإنما تشترك فى العلة مع وقائع أخرى صـدر فيها حكم بنص أو إجماع ولا مـجال للقياس فى الأحكام التى نص عليها فى الكتاب أو السنة.

المبحث الثاني

الاستحسان

تعريفه : هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في أشباهها إلى خلافه لوجه هو أقوى(١)، ويمكن أن يقال : إن الاستحسان هو العدول عن قياس وضحت علته إلى قياس خفيت علته أو إلى دليل آخر من الكتاب أوالسنة أو الإجماع أو العرف (٢)، أو هو عدول المجتهد عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل رجّح لديه هذا العدول. وبهذا التعريف يكون الاستحسان شاملا أمرين :

١ ـ القياس الذي خفيت علته لبعدها عن الذهن والواقع في مقابلة قياس آخر ظهرت علته لتبادرها للذهن أولا. كقولهم بدخول حقوق الارتفاق في وقف الأرض الزراعية إذا لم ينص عليه فإنه من قبيل الاستحسان إذ الانتفاع بالأرض لا يتحقق إلا بها مع أن الوقف يشبه البيع من ناحية خروج العين من ملك صاحبها وقياسها على البيع يقتضي عدم تبعية حق الارتفاق لها دون نص فنجد الفقهاء عدلوا عن القياس الظاهر إلى قياس خفيت علته.

---

(١) ويقول السرخسي : القياس والاستحسان في الحقيقة قياسان : أحدهما جلي ضعف أثره فسمي قياسا، والآخر خفي قوي أثره فسمي استحسانا أي قياسا مستحسنا، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿فبشر عباد * الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه﴾ والقرآن كله حسن. ثم أمر باتباع الأحسن.

(٢) جاء في كتاب المبسوط للسرخسي جـ ١٠ ص ١٤٥، كان شيخنا الإمام يقول : الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس. وقيل الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام، وقيل : الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الرحمة، وأخيرا هو ترك العسر لليسر، وهو أصل في الدين ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ وقال عليه السلام لعلي ومعاذ حين وجههما إلى اليمن : «يسرا ولا تعسرا قربا ولا تنفرا». وقال : «ألا إن هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق، ولا تبغضوا عباد الله عبادة الله فإن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى».

٢ ـ استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة لأصل خاص يقتضي ذلك، فأكل الصائم مفسد للصوم إذ الإمساك عن الطعام والشراب ركن في الصوم كما هو القاعدة العامة. لكنهم استثنوا من هذه القاعدة الأكل نسيانا استحسانا لدليل خاص بها يخرجها من القاعدة وهو حديث «من أكل أو شرب ناسيا فليتم صومه . . .» وكذلك السلم والاستصناع فإن القياس يقتضي بطلانهما إلا أنهما أجيزا لدليل آخر هو الحديث بالنسبة للأول والإجماع بالنسبة للثاني، ورغم أن هذا الحكم الاستحساني ثابت بنص أو إجماع فإنه لا يقاس عليه لأنه حكم استثنائي ثبت بدليل خاص والاستثناء يقتصر فيه على موضع النص.

آراء الفقهاء في الاستحسان كمصدر : وأكثر من اخذ من الفقهاء بالاستحسان في الاستدلال هم السادة الأحناف، وقد استعمله أيضا بهذا المعنى المالكية وابن حنبل، فكثيرا ما قالوا بجواز هذا الشيء استحسانا، أما الشافعي فقد أبطل الاستدلال به فروى عنه أنه قال : «من استحسن فقد شرع» ومن المعروف أن التشريع ليس لغير الله.

ولعل الشافعي بنى هذا على أساس أن الاستحسان هو ما يتعقله المجتهد من غير دليل، وعلى هذا اتجه بعض الأصوليين إلى رد الاستدلال به وعدوه من الأدلة الفاسدة التي لا يصح الاعتماد عليها. وقد علمت ما وضحه كبار الأصوليين من الأحناف من أن الاستحسان قياس خفيت علته، بالنسبة إلى قياس ظاهر العلة، وعلى هذا فلا محل للخلاف.

ومع هذا فقد نقل إلينا الآمدي [١] وهو من الشافعية أن الشافعي قد أخذ بالاستحسان واعتبره مصدرا. فمثلا في الشفعة استحسن الشافعي أن يبقى للشفيع حق طلب المواثبة إلى ثلاثة أيام وهذا استحسان في مقابلة القياس، إلى غير ذلك من استحسانه بعض الفروع مع مخالفتها لقواعده مثل إجارته التعاقد على دخول الحمام مع جهالة المدة ومقدار الماء الذي يستهلكه[٢].

(١) في كتاب الاحكام جـ ٣ ص ١٣٧.

(٢) ومثل ذلك في عصرنا الجلوس في مقهى أو متنزه نظير أجر، فإن مدة البقاء مجهولة.

والاستحسان يتنوع تبعا لنوع الدليل الذى ثبت به.

(أ) الاستحسان بالنص : فمثلا عقد السلم، القياس لا يقتضيه لأن النص العام منعه بقول الرسول : «لا تبع ما ليس عندك» وأجازوه استحسانا لترخيص الرسول فيه، وكذا خيار الشرط القياس لا يقتضيه لمخالفته مقتضى العقد ولكنه جار استحسانا لقول الرسول : «إذا تبايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام» ومن ذلك أيضا الإجارة إذ المعقود عليه غير موجود وقت التعاقد إذ المنافع تتجدد ساعة فساعة ولكن عدل عن ذلك وأجيزت استحسانا لقول الرسول : «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه».

(ب) الاستحسان بالإجماع : مثل إجازتهم عقد الاستصناع مع أن محل العقد وهو عمل الصانع منعدم وقت العقد وقد تعامل به الناس فى كل عصر.

(جـ) الاستحسان بالعرف مثل التعاقد على شىء يكون محل العقد فيه جهالة لكن الناس قد تعودوا على هذا، وتعارفوا على الرضاء به مثل التعاقد على رحلة مفاجئة «قطار المفاجئات» أو التعاقد مع مطعم على وجبة الغذاء مع جهالة الأصناف.

(د) الاستحسان الثابت بالضرورة كقول الحنفية بطهارة سؤر سباع الطير كالحدأة والغراب رغم أكلها النجاسات، استحسانا لتعذر منعها.

(هـ) الاستحسان الثابت بالمصلحة كالقول بتضمين الصناع مع أن الأصل أن الأمين لا يضمن ولكن لوحظ فساد ذمتهم.

وموضع تفصيل ذلك كله فى كتب الأصول. وأخيرا فإنا نستطيع القول بأن الاستحسان يرجع إلى قاعدة نفى الحرج، من أجل هذا تجد مالكا يقول : «الاستحسان تسعة أعشار العلم».

المبحث الثالث

الذرائع

التعريف بالذرائع : الذريعة في اللغة الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء، وهي عند علماء الأصول : ما يتوصل به إلى شيء ممنوع مشتمل على مفسدة(١).

والذريعة ملاحظ فيها معنى أنها وسيلة مفضية إلى المقصود بالحكم . كما أنه لا يلزم في الذريعة المفضية إلى مفسدة أن يكون وجود هذه المفسدة متوقفا عليها هي. فالزنا حرام منهي عنه، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام أيضا لأنه يؤدي إلى فاحشة، ومن هذا القبيل قول الله تعالى : ﴿ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن﴾ إذ مثل هذا وسيلة إلى الافتتان بالمرأة، وإن كان الافتتان بها لا يتوقف على ذلك الفعل. وكذلك(٢) قول الله تعالى : ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ لأن سب المؤمنين للأصنام والأشياء المقدسة عند غير المسلمين ذريعة ووسيلة قد تفضي إلى سب الله سبحانه وتعالى، وإن كان سبهم الله غير متوقف على ذلك، ومن هذا القبيل قول الرسول ﷺ : «إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه» قيل : كيف يلعن الرجل والديه يا رسول الله؟ قال : «يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه».

حكم الذرائع : وبذا نجد أن موارد الأحكام قسمان : مقاصد وهي التي تكون في ذاتها مصلحة أو مفسدة، ووسائل مفضية إلى هذه المقاصد، فإن كانت الوسيلة مفضية إلى مصلحة أخذت حكمها من وجوب أو إباحة، وإن كانت مفضية إلى مفسدة أخذت حكمها من تحريم أو كراهية(٤).

---

(١) يقول ابن القيم : الذريعة ما كان وسيلة وطريقا إلى شيء.

(٢) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٧ الطبعة الأولى مطبعة السعادة.

(٣) الموافقات للشاطبي جـ ٤ ص ١١٢ المطبعة السلفية.

(٤) وفي هذا يقول القرافي في الفروق: «الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد=

فتح الذرائع وسدها وحكم ذلك: الذرائع إذا كانت تفضى إلى مقصد هو قربة وخير أخذت الوسيلة حكم المقصد، وإن كانت تفضى إلى مقصد ممنوع هو مفسدة أخذت حكمه، لذا فإن الإمام مالكا يرى أنه يجب فتح الذرائع فى الحالة الأولى لأن المصلحة مطلوبة، وسدها فى الحالة الثانية لأن المفاسد ممنوعة(١).

فلو أراد شخص له سلطان وبطش أن يدفعك فى معصية كشهادة زور تودى بحياة إنسان مثلا، وكان فى إمكانك أن تقدم له شيئا على سبيل الرشوة فى أى صورة ليمنع عنك الوقوع فى هذه المعصية التى ضررها أشد من ضرر ارتكاب جريمة الرشوة، لجاز ذلك الفعل كما يرى الإمام مالك ومن وافقه، وأيضا لو كنا فى حرب مع غير المسلمين وأسروا منا بعض قواتنا، ولم يقبلوا إطلاق سراح الأسرى إلا نظير مال ندفعه إليهم، فإن الفقهاء أجازوا ذلك، مع أن دفع مال منا لأعدائنا تقوية لهم وإضعاف لنا، ولكنه ذريعة إلى مقصد فائدته أقوى.

وبالمثل فإنهم قالوا بتحريم بيع السلاح عند الفتنة إذ فيه إعانة على المعصية، وكذا بيعه للمحاربين أو البغاة وقطاع الطريق، ومثله بيع العنب لمن يتخذه خمرا، وتأجير العامل ليقدم الخمر إلى شاربيها، وتأجير الحانوت ليتخذ حانة لبيع الخمر،

= اقبح الوسائل، ويقول ابن القيم فى إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٧ : «لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضى إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصى فى كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات فى محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهى مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئا، وله طرق ووسائل تفضى إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له .. ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به» إلى أن قال : «ومن تأمل مصادر الشريعة ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها».

(١) وفى هذا يقول القرافى : «الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتندب وتباح، وأن الذريعة هى الوسيلة فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجب».

وتأجير الدار لتتخذ للبغاء والدعارة أو الميسر إلى غير ذلك لأنها كلها ذريعة ووسيلة إلى مفسدة فيجب سد هذه الذرائع.

أنواع الذرائع وحكم كل نوع(١) : قسم ابن القيم الذرائع إلى أربعة أنواع :

الأول : ذريعة تفضى دائما إلى مفسدة كشرب المسكر المفضى إلى مفسدة السكر، وكالقذف المفضى إلى مفسدة الفرية، والزنا المفضى إلى اختلاط الأنساب ونحو ذلك. إذ هى أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفسدة لا محالة وليس لها ظاهر غيرها، وهذا النوع لا جدال فى منعه كراهة أو تحريما بحسب درجاته فى المفسدة.

الثاني : ذريعة تفضى لمباح لم يقصد بها التوصل إلى مفسدة لكنها مفضية إليها غالبا، ومفسدتها أرجح من مصلحتها مثل تزين المتوفى عنها زوجها فى زمن عدتها(٢) فإن التزين من وسائل التجميل للمرأة وهو مباح، ولا يلزم من حصوله التوصل إلى مفسدة لكنه غالبا ما يفضي إلي مفسدة هى التصريح بخطبتها قبل انقضاء العدة، وفى هذا ما يوغر صدور أهل زوجها المتوفى، والله تعالى يقول : **﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾**. ومن أمثلة هذا النوع أن تسب للمشركين آلهتهم وتسخر بها فيسبوا الله عدوا بغير علم.

وهذا النوع وإن كان لم يقصد به المفسدة وأنه يفضى إلى مباح إلا أن النصوص من آيات الأحكام وأحاديث الأحكام تفضى إلى منعه لأنه يفضى فى

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ,٢٤٨

(٢) إذ المعتدة من وفاة لا يطلب منها التزام بيت الزوجية ولها أن تخرج وأن تسعى لجلب رزقها ويجوز التعريض بخطبتها، أما المعتدة من طلاق فإنه لا يجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا فى مدة العدة لما قد يحدث من عداء بين المطلق والخاطب، ولما فيه من المظنة بها والتشجيع على الادعاء بانقضاء العدة كذبا، وفى كل هذا قطع لأمل الحياة الزوجية الأولى، لذا لم يكن تزينها مفضيا إلى مفسدة كما فى المتوفى عنها زوجها. راجع لنا الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما، مطبعة مصر بمدينة الخرطوم.

الغـالب إلى المفسـدة، ومع هذا فإن درجـته فى المنع دون درجـة النوع الأول. بل جعل ابن القيم هذا النوع مما هو محل اختلاف الفقهاء فى منعه وإباحته.

الثالث : ذريعة وضعت للمبـاح لكنها قد تفضى إلى المفسدة لكن مـصلحتها أرجح من مفسدتها كالنظر إلى المخطوبة والمشهود عليها للتعرف عليها، وكلمة الحق عند ذى سلطان جائـر، وهذا النوع جاءت الشريعـة بإباحته واسـتحبـابه أو وجوبه حسب درجته فى المصلحة.

الرابع : ذريعة وضـعت للمباح قـصد بها التـوصل إلى المفسدة كـمن يتزوج قاصدا تحليل الزوجة لمطـلقها التى بانت منه بينونة كبرى. وكمن يتـعاقد على سلعة ليـصل إلى الربا عن طريق ذلك التـعاقـد وهو ما يـسمى ببيـع العينة وسنبـينه فى موضعه.

وهذا النوع اختلف الفقهـاء فى سده ومنعه أو فتحه وإباحتـه، بل وكثير من الأصوليين عرف الذرائع بما جعلهـا قاصرة على هذا النوع إذ يقولون : الذريعة هى الأمر المباح الذى يتخذ وسيلة إلى مفسدة. والواقع أن الذرائع التى جاء ـ فى كتب المالكية والحنابلة ـ القول بسدها تنصب على هذا النوع.

آراء الفقهاء فى الأخذ بهذا الأصل : الواقع أن الفقهاء جـميعا يأخذون بأصل الذرائع مع اختلاف فى مقدار الأخذ به، وتباين فى طريقة الوصول إلى الحكم، إذ المشاهد فى أحكام الفروع أن أكثر الفـقهاء يعطى الوسيلة «الذريعة» حكم الغـاية إذا تعينت الوسـيلة طريقا لهـذه الغاية، أمـا إذا لم تتعـين طريقا لـها فالمشـهور عن الإمام مـالك أنها تعتـبر أصلا للأحكام ويقـرب منه فى ذلك الإمام أحمد، وتبعهما ابن تيمية وابن القيم(١).

---

(١) يقول القرافى فى كتـابه الفروق : مالك لم ينفرد بذلك بل كل أحد يقول بها ولا خـصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادتهـم فيها، والذرائع منها ما هو معتبر بالإجـماع كالمنع من حفر الآبار فى طريق المسـلمين وإلقـاء السم فى طعامهم، ومنها مـا هو ملغى إجماعا كـزراعة العنب فإنها لا تمنع خشية الخـمر، وإن كانت وسـيلة إلى المحـرم، ومنها ما هو مختـلف فيه كـبيوع=

بل إن المذهب الشافعى صريح فى أن كل عقد تؤخذ أحكامه من صيغته وما لابسه واقترن به، ولذا فهو يبنى أحكامه فى العقود على الإرادة الظاهرة «العبارة».

أما الظاهرية فإنهم تبعا لعدم أخذهم بالرأى، والاجتهاد عن طريق الذرائع من الرأى ينكرون الأخذ به[1] وإنما قصروها على الابتعاد عن الشبهات خشية الوقوع فى الحرام، والحق أن موقف الظاهرية هذا منطقى مع مبدئهم الذى هو الأخذ بظواهر ألفاظ الأدلة.

ويتلخص منشأ الخلاف بينهم فى هذا، إلى أنه هل المعتبر فى العقود الإرادة الظاهرة «العبارة» أم الإرادة الباطنة «النية»؟ فالشافعى يبنى الأحكام على الظاهر إذ الشريعة عنده ظاهرية تنظر إلى صور الأفعال ومادتها، لا إلى بواعثها ومآلاتها التى لم يقم دليل عليها، وإنما يؤاخذ على البواعث.والغيبيات علمها عند الله سبحانه وتعالى.

ويقرب من الشافعى فى هذا أبو حنيفة ويدخل هذا عنده تحت قاعدة «المعتبر فى أوامر الله المعنى والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ»[2].

لكن الإمامين مالكا وأحمد ينظران عند الحكم على التصرف إلى المآل والباعث. فمن عقد عقدا ليصل به إلى أمر محرم لا يمكن الوصول إليه إلا عن

= الآجال فنحن لا نغتفر الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا، فمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر فمالك ومعه أحمد يقولان إن خرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة إلى آخر الشهر فهو ذريعة الربا. وخالف فى ذلك الشافعى وأبو حنيفة، وراجع أيضا فى هذا الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ١١٣.

(١) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جـ ٦.

(٢) حاشية الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧، وهذا لا يتنافى مع قاعدة «أن العبرة بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى» إذ يراد هنا بالمدلول المستفاد من مجموع الألفاظ منضما بعضها إلى بعض لا كل لفظ على حدة.

طريق هذا العقد كما فى بيع العينة وزواج المحلل فإنه فضلا عن كونه آثما فالعقد نفسه غير صحيح(١).

والحق أن ما ذهب إليه مالك وأحمد يتفق مع حديث «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» كما يتفق مع قاعدة «الأمور بمقاصدها» كما أنه أقرب إلى مقاصد الشريعة.

الحيل الشرعية وهذا الأصل: يقصد بالحيل التحايل على الوصول إلى التظاهر بتصحيح تصرف ما طبقا للحكم الشرعى. والأصل فى استعمال الحيل قول الله تعالى فى قصة سيدنا أيوب: ﴿وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث﴾ وكان هذا ترخيصا له تحلّة ليمينه.

ولما كانت أحكام الفقه ظنية فى الغالب، وكان الفقهاء يهدفون إلى المثل العليا عند استنباطهم الأحكام، ولا شك أن الزمن اختلف عن عصر الصحابة، وانحدر المسلمون عما كان عليه سلفهم، ومع هذا فقد خضعت معاملات الناس وعاداتهم جميعا لأحكام الفقه الإسلامى؛ فللتوفيق بين الناحية النظرية والناحية العملية، وبين الحقيقة الواقعة والمثل العليا، ابتدعت مدرسة الرأى بالكوفة الحيل الشرعية، واهتم بها المذهب الحنفى، وقد بدأت الحيل أولا فى محيط الأيمان ثم امتدت بعد ذلك إلى أبواب أخرى من الفقه كالوقوف والوصايا والشروط والمواثيق والنفقات والشفعة وغيرها من المواضيع الهامة فى الحياة العملية(٢) وروى أن

---

(١) وقد ساق ابن القيم للاستدلال على وجهة النظر هذه تسعة وتسعين وجها، وقال: «باب سد الذرائع أحد أرباع التكليف فإنه امر ونهى، والأمر نوعان مقصود لنفسه ووسيلة إلى المقصود. والنهى نوعان ما يكون للنهى عنه مفسدة فى نفسه، وما يكون وسيلة إلى المفسدة. فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين»، إعلام الموقعين جـ ٣ من ص ١٤٩ / ١٧١

(٢) راجع روح المعانى للألوسى جـ ٢٣ ص ٢٠٨، ونظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى للدكتور على حسن عبد القادر، وفلسفة التشريع الإسلامى لصبحى محمصانى، وراجع لنا فى ذلك الفقه الإسلامى الطبعة الثانية، الاحتيال على إسقاط الشفعة. وراجع ما قلناه قبل.

أبا حنيفة قال [١] : «إن قصد إبطال الأحكام صراحة ممنوع وأما إبطاله ضمنا فلا».

ولقد كان الإمام الشافعي خصما للحيل لا يجيزها ويبطل التصرف الذي يكون قد قصد به التحايل، غير أنه لما انتشرت كتب الحنفية في الحيل[٢] أخذ أتباع الشافعي يؤلفون في الحيل[٣] التي حرمها عليهم إمامهم.

ولقد حرم الإمامان مالك وأحمد جميع الحيل كما حرمها الشافعي، وبقى أتباع هذين الإمامين على تحريمها.

والواقع أن الحيل تنقسم إلى قسمين[٤] :

الأول : حيل شرعية مباحة لأنها لا تهدم مصلحة شرعية، وإنما هي عبارة عن قلب طريقة مشروعة وضعت لأمر معين واستعمالها في حالة أخرى بقصد التوصل إلى إثبات حق أو دفع مظلمة أو التيسير على الناس بسبب الحاجة، وهذا النوع في الواقع ما كان الغرض منه مباحا والوسائل مباحة، وهذا جائز في جميع المذاهب الإسلامية، فمثلا الأحناف لا يجيزون الإجارة لمدة طويلة في الأشجار، ولما اعتاد الناس الإجارة الطويلة أمكن التحايل ببيع الوفاء لتصحيح العقد.

الثاني : حيل يقصد بها التحايل على قلب الأحكام الثابتة شرعا إلى أحكام أخرى بفعل مظهره الصحة لكنه لغو في الباطل وهذا القسم هو الذي محل خلاف

(١) الموافقات للشاطبي جـ ٤ ص ٢٠٢.

(٢) روى أن أبا يوسف ومحمدا كتبا في الحيل، وإذا لم يوجد أثر لما قيل إن أبا يوسف كتبه فإنه يوجد مخطوط بمكتبة القاهرة العامة في الحيل يظن أنه لمحمد بن الحسن، وقد كتب أبو بكر احمد بن عمر قصير الشيباني الخصاف المتوفى سنة ٢٦١ كتابا أسماه «الحيل والمخارج» كما عقد فصل عنها في بعض كتب الأحناف كالفتاوى الهندية والأشباه والنظائر.

(٣) وممن ألف في الحيل من الشافعية محمد بن عبد الله الصيرفي المتوفى سنة ٣٣٠، وأبو الحسن محمد بن يحيى سراقة العامري المتوفى سنة ٤١٦، وأبو حاتم محمد بن القزويني المتوفى سنة ٤٤٠.

(٤) راجع تفصيل الموضوع في إعلام الموقعين جـ ٣ من ١٧١ إلى آخر الجزء وبداية الجزء الرابع والموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٣٨٠، وقيام الدليل على بطلان التحليل لابن تيمية.

الفقهاء، وفى إجازتها ما يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، إذ سد الذرائع ينتج سد الطريق إلى المفاسد والخروج عن الأحكام الشرعية، وقد فصل ابن القيم القول فى أدلة تحريم هذا النوع من التحايل.

وكان المفهوم أن الذين يبنون أحكامهم على الإرادة الظاهرة وعلى رأسهم الشافعى يصححون العقود التى يكون قصد بها التحايل لأنهم لا يرتبون أحكامهم على المقاصد على ما بيناه عند الكلام على الذرائع، وعلى كل فليس هنا محل بيانه وتفصيل القول فيه.

المبحث الرابع

الاستصحاب

الاستصحاب فى أصل اللغة مأخوذ من المصاحبة، فيقال استصحب الشىء جعله موجودا معه، واستصحب ما كان فى الزمن الماضى جعله مصاحبا وقائما الآن، فى لسان العرب : استصحب الرجل دعاه إلى الصحبة وكل من لازم شيئا فقد استصحبه.

وقد عرفه الأصوليون بتعريفات كثيرة كلها ترجع إلى معنى استبقاء حكم ثبت فى الزمن الماضى للزمن الحاضر والمستقبل ما لم يطرأ ما يغيره. فكل أمر علم وجوده ثم حصل شك فى عدم وجوده حكم ببقائه استصحابا للأصل والعكس[(١)] فالمعنى الاصطلاحى راجع للمعنى اللغوى.

والواقع أن الدليل الذى يستند إليه الحكم إما أن يدل هو نفسه صراحة على الدوام مثل قول الله تعالى فيمن يثبت عليه أنه قذف غيره بغير حق ويقام عليه الحد: ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا**﴾[(٢)] فإن الآية تدل بنفسها على بقاء هذا الحكم وإهدار شهادة هؤلاء.

وإما أن يكون دالا على بقاء الحكم واستمراره إلى أن يوجد ما يرفعه ويزيله وهو بطبيعته الأصل فيه البقاء والدوام مثل الزوجية الثابتة بعقد الزواج، والملكية الثابتة بعقد البيع مثلا، فالدليل هنا من طبيعته أن يكون دائما، وعلى هذا لو حضرت عقد زواج صديق لك كان فى وسعك أن تشهد بالزوجية ما لم يقم دليل على انتهائها.

---

(١) راجع للزركشى البحر المحيط فى الأصول مخطوط بدار الكتب فى نهاية الجزء الثالث تقريبا، وراجع للشوكانى إرشاد الفحول ص ٢٠٨، وراجع الإسنوى فى شرحه لمنهاج البيضاوى، وراجع التحرير للكمال وتيسير التحرير عليه لابن بادشاه الحسينى الخراسانى جـ ٤ ص ١٧٦.

(٢) سورة النور جـ ١٨ / ٤.

وإما أن يدل على بقاء الحكم مدة معينة محددة فى العقد كما فى الإجارة والإعارة، فإن الحكم يبقى ما بقيت هذه المدة، وينتهى بانتهائها. والحقيقة أن كل هذا ليس محلا للاستصحاب، ولا محل خلاف أو نزاع بين العلماء، ومن يستند إليها إنما يأخذ حكمه من الدليل الأصلى الذى يدل على الدوام والاستمرار أو الأصل فيه ذلك.

وإنما موضع الاستصحاب فى الواقع هو إذا دل الدليل الشرعى على ثبوت حكم لمسألة فى الزمن الماضى دون أن يدل هو على بقاء الحكم واستمراره كما لا يوجد دليل آخر رغم البحث يدل على ذلك، فالمدين يحكم عليه بالدين بناء على الشهادة عليه بالاستدانة، ومن تزوج فتاة على أنها بكر ثم ادعى عند دخوله بها أنها غير بكر لا تقبل دعواه إلا بدليل آخر استصحابا فى البكارة بالأصل إذ هى ثابتة من حين نشأتها فيستصحب ذلك إلى حين دخول الزوج بها، ومن اشترى كلبا على أنه كلب صيد ثم ادعى أنه غير متعلم قبلت دعواه استصحابا للأصل حتى يثبت عدم صدقه، لأن الأصل عدم معرفة الكلب للصيد دون تدريب عليه.

أنواع الاستصحاب : يتنوع الاستصحاب إلى الآتى :

(أ) استصحاب الحكم الأصلى للأشياء، فالأصل فى الأشياء النافعة للإنسان الإباحة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، إذ كل ما يوجد فى ملك الله ولم يرد فى الشرع ما يدل على حكم فيه أمكن الحكم بإباحته استصحابا للأصل المأخوذ من قول الله تعالى [1] : ﴿**هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا**﴾ فلو كان محظورا عليهم لما كان مخلوقا لهم، فمن استفتى عن حكم حيوان أو جماد أو عمل ولم يجد دليلا شرعيا يدل على حكمه لا من الأدلة العقلية ولا النقلية، كان فى وسعه أن يحكم بإباحته استصحابا للحكم الأصلى [2].

---

(١) سورة البقرة جـ ١ آية ٢٩.

(٢) راجع لنا نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن نشرته مكتبة النهضة العربية.

(ب) استصحاب العدم الأصلى أو البراءة الأصلية، فإذا ادعى شخص على آخر دينا وأنكره الآخر، ولم يستطع المدعى الإثبات : اعتبرت ذمة المدعى عليه بريئة، إذ الأصل براءة الذمة، ويقضى بذلك استصحابا للأصل ما لم يقم الدليل على غير ذلك، أو ادعى تاجر أنه نهى عامله عن شراء صنف معين لكنه رغم ذلك اشتراه، فأنكر العامل صدور هذا النهى ولم يقم دليل على الدعوى، صدق العامل استصحابا للعدم الأصلى وهو هنا عدم النهى.

(جـ) استصحاب ما دل الشرع على ثبوته ودوامه مثل : ما إذا اشترى شخص دارا أو ورثها، وعلمت بذلك فإن ملكيته تبقى ثابتة فى نظرك، تشهد بها ـ إذا طلب منك ذلك ـ استصحابا للأصل حتى يقوم الدليل على العكس، ولذا قال الفقهاء، قاعدة : «ما ثبت باليقين لا يزول بالشك» فمن توضأ ثم شك فى بقاء وضوئه حكم ببقاء الوضوء استصحابا للطهارة الثابتة باليقين(١).

هذا وقد قسم الغزالى فى المستصفى (٢) الاستصحاب إلى أربعة أقسام :

١ ـ ما دل الدليل العقلى على براءة الذمة عن الواجبات وسقوط الحرج قبل بعثة الرسول فيستصحب ذلك حتى يرد ما يغيره فيوجب شيئا أو يحرمه. وهذا النوع هو الذى يطلق عليه الأصوليون اسم استصحاب براءة الذمة.

٢ ـ استصحاب العموم حتى يدل التخصيص واستصحاب النص إلى أن يرد ما ينسخه.

٣ ـ استصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه، ومن هذا تكرر الوجوب واللزوم إذا تكرر السبب كتكرر وجوب صوم شهر رمضان لرؤية هلاله، ووجوب نفقة الأقارب وتكرارها عند تكرر الحاجة.

---

(١) بخلاف من شك فى أنه توضأ أم لا حيث يلزمه هنا الوضوء.

(٢) جـ ١ ص ٢١٧.

٤ ـ استصحاب الإجماع فى محل الخلاف كما فى المتيمم إذا رأى الماء فى الصلاة فمضى فى صلاته استصحابا لما انعقد عليه الإجماع من صحة صلاته حتى يدل الدليل على كون رؤية الماء ناقضة لها.

أما ابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين[1] فقد اعتبر الأقسام ثلاثة : استصحاب البراءة، واستصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه، واستصحاب حكم الإجماع فى محل النزاع.

موقف المذاهب من الاستصحاب : المالكية والحنابلة وأكثر الشافعية يأخذون به ويرونه حجة شرعية، لأن العرف جرى من القديم على أن الناس إذا تحققوا من وجود أمر فى الماضى غلب على ظنهم بقاؤه ما دام لم يثبت ما ينافيه، والفطرة تقضى باعتبار ما كان على ما كان حتى يطرأ ما يغيره من وجود إلى عدم أو العكس، ولأن الثابت باليقين يتبقى ولا يزول بالشك.

وأكثر الأحناف وبعض الفقهاء ذهبوا إلى أن الاستصحاب لا يكفى دليلا على بقاء الحكم، وإنما البقاء نفسه يحتاج إلى دليل جديد ولا يكتفى بدليل وجوده فى الماضى.

والمتأخرون من الأحناف اتجهوا إلى أن الاستصحاب حجة دافعة لا حجة مثبتة، أى أنه حجة لدفع ما يخالف الأمر الثابت بالاستصحاب، وليس حجة على إثبات أمر لم يقم دليل على ثبوته.

ويرى بعض الفقهاء أنه حجة على المجتهد فيما بينه وبين الله، فإنه لا يكلف إلا بما يدخل تحت مقدوره فإذا لم يجد دليلا سواه جاز له التمسك به ولا يصح حجة على الخصم عند المناظرة.

والحق أن الاستصحاب لا يثبت حكما جديدا ولكن يستمر به الحكم الثابت، ومع هذا فلا يجوز العمل به إلا بعد البحث عن دليل خاص بالمسألة من الأصول الأخرى. ولذا قالوا أن الاستصحاب هو آخر الأدلة الشرعية التى يفزع إليها المجتهد عند انعدام أى دليل آخر.

---

(١) جـ ١ ص ٣٣٦.

وقد انبنى على العمل بالاستصحاب عدة قواعد منها :

١ ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره، فالمفقود[1] تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له حتى يقوم الدليل على انتفائها.

٢ ـ الأصل فى الأشياء الإباحة، ويتفرع على هذا ما قيل من صحة كل عقد أو تصرف لم يرد عن الشارع ما يدل على عدم صحته، ولذا سنجد الحنابلة يقولون: الأصل فى العقود الإباحة ما لم يثبت المنع.

٣ ـ اليقين لا يزول بالشك بحيث لا يحكم بزوال ما ثبت باليقين لمجرد الشك وقد سبق.

٤ ـ الأصل فى الذمة البراءة.

(١) المفقود هو الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته، وإذا مات أحد أقاربه وكان المفقود من ورثته فلا يحكم له بملكية شىء من الميراث ولكن يوقف الأمر حتى تثبت حياته أو موته ... راجع المفقود فى كتب الفقه وانظر المادتين رقم ٢١، ٢٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحوال شخصية، وراجع لنا فى ذلك الوصايا فى الفقه الإسلامى.

المبحث الخامس

المصالح الإنسانية المعتبرة وارتباط الأحكام الشرعية بها

سنتناول فى هذا المبحث الكلام عن المصلحة، وابتناء الاحكام على مصالح البشر وموقف الفقهاء من اعتبار المصلحة وتغير الأحكام تبعا لتغير المصلحة مع بيان الآراء فيما إذا كان الحكم المتغير مأخوذا من نص إو إجماع وسنخصص لكل من الموضعين مطلبا خاصا به.

المطلب الأول

المصلحة وابتناء الأحكام على مصالح البشر

يراد بالمصلحة فى لسان الشريعة الإسلامية جلب المنفعة ودفع المضرة فى حدود المحافظة على مقاصد الشريعة، ولا يكون ذلك إلا لمزاول للشرع واقف على مراميه من شرعية الأحكام حتى يستطيع أن يتبين اعتبار الشرع لها وصلاحيتها لترتيب الحكم على وفقها.

والمصلحة أنواع : مصالح ملغاة قام الدليل على عدم اعتبارها وهذه لا يصح التعليل بها وابتناء الحكم عليها اتفاقا، والواقع أن الذى ألغاها وجود مصلحة أخرى أرجح منها، فمثلا القول بالتسوية بين الابن والبنت فى الميراث لمساواتهما فى البر ودرجة القرابة مصلحة ملغاة إذ بهذا تفوت مصلحة أقوى رعاها الشارع وهى مراعاة ما يلتزم به الرجل فى الشرع الإسلامى من تكاليف، وكذا بالنسبة للربا والزنى.

ومصالح معتبرة يرجع معناها إلى اعتبار أمر مناسب لا يشهد له أصل معين من الشارع وقام الدليل على رعايتها واعتبارها فيجوز التعليل بها وترتيب الحكم عليها، ومن هذا جميع المصالح التى حققتها الأحكام المشروعة ضرورية كانت أو حاجية أو تحسينية، والمصالح المعتبرة يستدل بها ويقاس عليها باتفاق الفقهاء عدا من أنكروا القياس.

ومصالح مرسلة أى مطلقة تتقيد بنص يدعو إلى اعتبارها كالحالة الأولى أو عدم اعتبارها كالحالة الثانية، وإنما سكت عنها وليس لها أصل معين تقاس عليه وهذه إن كانت مصلحة ضرورية فلا نزاع فى جواز التعليل بها واعتبارها دليلا ومن هذا القول : بتضمين الصناع واشتراط تسجيل العقود فإنها مصالح عامة لم يعتبرها الشارع ولم يلغها، وقد مثل لها الغزالى فى المستصفى : بكفار تترسوا بجماعة من أسرى المسلمين فلو كففنا عنهم لصدمونا وغلبونا وقتلوا كافة المسلمين، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلما معصوما بغير ذنب. وهذا لا عهد به فى الشرع. فيجوز رمى هذا الترس حفظا لسائر المسلمين، وقد دعا إلى هذا كما يقول الغزالى مصلحة لم تؤخذ بطريقة القياس على أصل معين.

أما إن كانت مصلحة الضرورة فيها ليست كلية فلا يجوز الحكم على أساسها من غير أن يقصدها أصل آخر، ويمثل الغزالى لذلك بأن يتترس الأعداء داخل قلعة بمسلم، ويقول: فلا يحل رمى الترس إذ لا ضرورة إلى فتح القلعة.

ومن هذا يبين أن الفقهاء يشترطون للأخذ بالمصلحة أن تكون حقيقية تجلب منفعة وتدرأ مفسدة، وأن تكون عامة لا شخصية، وألا تعارض نصا أو حكما مجافيا على تفصيل بين الفقهاء فى هذا سنبينه بعد.

هذا وقد تتبع الفقهاء الأحكام الشرعية فوجدوا أنها موضوعة لمصالح الناس، كما دل على ذلك القرآن الكريم فيما يدل عليه قوله تعالى [(١)] : **﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾** وأساس الرحمة جلب المنفعة ودفع المضرة وهى دائرة حول ذلك لا تتعداه.

وقد علل لنا الشارع كثيرا مما شرع بما يفيد أن التكاليف والأحكام خير للناس وبر بهم، ومن أجل ذلك وقع الاجتهاد فى الأحكام الشرعية والقياس على ما لم

(١) سورة الأنبياء الآية ١٠٧ .

ينص على حكمه للاشتراك فى الوصف الذى يناسب الشرع الحكم على مقتضاه.

ويقولون إن مقاصد الشريعة فى الخلق ثلاثة أقسام وقد سبق الإشارة إليها وهى :

١ - ضرورية لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج، ومن ذلك أصول العبادات التى ترجع إلى حفظ الدين، والعادات التى ترجع إلى حفظ النفس والعقل كتناول ما يحفظ البدن، والمعاملات التى ترجع إلى حفظ النسل والمال وإلى حفظ النفس والعقل كذلك، وقالوا إن مجموع الضروريات فى التشريعات كلها خمسة. حفظ الدين والنفس والمال، والنسل والعقل.

٢ - حاجية : وهى التى يفتقر الناس إليها من حيث التوسعة ودفع الضرر كالرخص المخففة لبعض العبادات فى بعض المناسبات، وكإباحة الصيد والتمتع بالطيبات وكالقرض والسلم والقسامة وإلزام العاقلة بالدية.

٣ - تحسينية : وهى ترجع إلى قسم مكارم الأخلاق التى هى دعامة الحياة الصالحة ومنها الطهارة وستر العورة وأخذ الزينة وتجنب الإسراف والإقتار. هذا ما ترجع إليه مقاصد الشريعة الإسلامية، وكلها أمور معقولة المعنى لو خلى العقل الكامل المتنزه ونفسه قبل اطلاعه على مشروعية الأحكام لوصل إلى معرفة الكثير منها واهتدى إلى اقتراحه لها، ولذا حكم الفلاسفة بكثير مما يمكن إدراكه بالعقل استقلالا والحكم به دون توقف على ورود الشرع بها مما أطلق عليه علماء الأصول والعقائد بالتحسين والتقبيح العقليين.

فأحكام الشريعة الإسلامية دائرة فى هذا المجال، ولذا لم يقف فقهاء الصحابة وأئمة الإسلام جامدين بعد عصر النبوة الذى كانت الأحكام فيه فى جملتها بطريق النقل من الشارع الحكيم، فلما صادفتهم مسألة الخلافة الإسلامية

بعد وفاة الرسول ﷺ واجهوها من زاوية المصلحة، فبايعوا أبا بكر لأن النبى رضيه لإمامة الصلاة وهى أساس الدين، وذلك يقتضى أن يرتضوه لشئون دنياهم لأن الدين أقوى منها على ما سبق. ولما كثر القتل فى القراء فى بعض المواقع فى خلافة أبى بكر خاف عمر أن يذهب كثير من القراء فاقترح على أبى بكر أن يأمر بجمع القرآن، فأمر بعد تردد وقال : «هو والله خير» على ما بيناه قبل. ومعنى **ذلك أن الخير مطلوب فى الإسلام لذاته ولو لم يرد فيه نص، والخير هو المصلحة**، وكذلك ما كان فى عهد عثمان من تدوين للقرآن وتوزيع نسخ منه على الأمصار وإحراق ما كان عند الأفراد من نسخ خاصة، فإنه مبنى على المصلحة أيضا، وقد سلك بها المسلمون ذلك المسلك وإن اختلفت وجهات النظر فى تصويرها وتقديرها والتوسع فى الأخذ بها، وذلك كله أيضا فى دائرة المصلحة التى يهتدى إليها كل فقيه ومجتهد.

مسلك الشرع يدفع إلى اعتبار المصلحة :

الواقع أن اعتبار المصلحة هو المشعل الذى أضاء السبيل لفقهاء الإسلام فاستطاعوا أن يجتهدوا على ضوئه وأن يسيروا فى التصرف على مقتضاه، ومن نظر فى تشريع القرآن للأحكام وجد أنه كثيرا ما يسلك بها مسلك التعليل الذى يطمئن النفوس بالأحكام والذى يوسع الأفق لاستخراج كثير من المجهولات.

فهناك كما أشرنا أحكام عديدة معللة صراحة أو إيماء فى الكتاب والسنة، فآية تحريم الخمر والميسر تفيد أنهما رجس من عمل الشيطان ثم تنهى عنهما، وفى آية الصوم وبعض أنواع الرخص يذكر الله سبحانه أنه يريد بنا اليسر لا العسر. وفى آية الاستئذان قبل الدخول على الأجانب يقول الله ما يفيد أن ذلك أزكى للناس وأطهر لقلوبهم، وأمر النبى بالاتجار فى أموال اليتيم جاء معللا بأنها إذا تركت دون استغلال أكلتها الزكاة. وهكذا تجد الكثير من الأحكام التى جاء بها التشريع الإسلامى معللة بالعلل ،منوطة بالمصالح والحكم، فما جرى عليه عمل الصحابة والتابعين فى تعرفهم على الأحكام إنما هو أثر من آثار تلك اللفتات الحكيمة فى كتاب الله وسنة رسوله.

وفى ضوء ذلك التوجيه الحكيم يذهب المحققون من العلماء إلى أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، ولابد أن تشتمل العلة على المصلحة أو المفسدة التى تناسب شرع الحكم أمرا أو نهيا أو إباحة.

حتى أن بعض الناس فهم أن ذلك معنى مطرد فى جميع الأحكام ولو كانت منصوصا عليها، وذهبوا إلى جواز مخالفة النص تمشيا مع تغير وجه المصلحة، واستدلوا لذلك بما سبق إلى ذهنهم من تصرفات بعض الصحابة أو التابعين. فقالوا: إنهم كانوا يغيرون الحكم لتغير الوصف المنصوص، وفهموا ذلك فيما فعل عمر ابن الخطاب فى أمر المؤلفة قلوبهم، وزعموا أن عمر خالف النص الذى جعل لهم سهما فى الزكاة إذ أبطل هذا السهم، وإن كان الواقع أن عمرمنع إعطاءهم لأن وصف التأليف المذكور فى النص لا يكون معتبرا إلا عند حاجة الإسلام إليهم، فإذا عز الإسلام فلا تأليف فلا صدقة، فقد جعل الحكم المنصوص مرتبطا بالصفة المنصوصة وهى التأليف، وهو فقه دقيق لأن الله لم يذكر أشخاصا بأعيانهم وإنما ذكر وصفا وهو التأليف فيرتفع الحكم بارتفاعه. فعمر لم يعطل نصا وإنما فسره بما ربط الحكم بالباعث وهو الحكمة المناسبة والمصلحة المعتبرة، وقد وافقه أبو بكر وأقره الصحابة فصار إجماعا على اعتبار المصلحة.

الآراء فى اعتبار المصلحة :

لعلك رأيت روح الشريعة الإسلامية فى بناء تشريعاتها على الحكمة المتمثلة فى اعتبار مصالح العباد بجلب ما يصلحهم ودفع ما يضرهم، وأن الشارع الحكيم وجه إلى ذلك المعنى فيما سلكه من تعليل للأحكام أحيانا، ومن وضع قواعد تدل على ذلك، ومن سلوك مسالك التعميم والإطلاق فى كثير من الأحكام ولا سيما ما يتعلق منها بالمعاملات، ومن سلوك الصحابة وكثرة من الفقهاء المتقدمين ذلك المسلك من ربط الأحكام بما يؤدى إليها ويقتضيها من شئون العباد دون تعارض مع روح الإسلام واتجاهه.

على أن الأصـوليين فى هذا المقـام يوردون خلافـا فى اعتـبارها أصـلا من أصول التـشريع يمكن أن يسـتقل بترتيب الحكم عليـه، ويكثر كـلامهم فى ذلك، وخلاصته:

أن منهم من يرفـضها رأسـا لما يترتب على اعـتبارها مـن فتح باب الأهواء. وزعمـاء هذا المذهب الظاهرية الذين يلتـزمون ظواهر النصـوص، والشيـعة الذين يقولون بعصمـة أئمتهم، ويستدل أصحـاب هذا الاتجاه بأنه شيء لا دليل عليه من الأصول المعتبـرة فى الاستدلال، فيجب رفضه لأنهـا ترجع إلى التشريع بالرأى إذا لم تكن مـأخوذة من الشـارع فتـعم الفوضـى، ويمكن الرد على هؤلاء بأن الأدلة قامت على اعتبار المصلحة وإن لم تستند إلى أصل معين[1].

ومنهم من يقبلهـا بتوسع على تفـاوت بينهم ولو خالفت النصوص فى غـير العبـادات والمقدرات مـا دامت لا تختلف مع قـواعد الدين ونظرياته، ومن أشـهر هؤلاء نجم الدين الطوفى، ويستدل هؤلاء بأن ذلك من محاسن الشريعة التى تكفل بقاءها وتعـالج مشاكل الحيـاة على تشعبـها وتفاوتهـا ما دامت وصفا مـعتبرا غـير مخالف لأصـول الفقه وقواعـده، وما لم تكن من المقدرات والحـدود والعبادات، كما استدل نجم الدين الطوفى بحديث لا ضرر ولا ضـرار، وهو عمدته فيما يظهر فى الاستدلال، ويقـول إنه يقتضى رعاية المصـالح إثباتا والمفاسد نفـيا لأن الضرر يستلزم إثبات النفع بلا واسطة.

ثم يقول : إن النص والإجـماع قد يخالفـان المصلحة فليس بلازم أن تكون المصلحة حيث يكونان[2]. وهذا يقتـضى عدم تقـديم رعاية المصلحـة على النص والإجماع إذا خالفـهما، ورأى أن ذلك ليس افتياتا عليهمـا بل هو تخصيص وبيان لهمـا. كما تقدم السنة على القـرآن بطريق البيان، ويرى أنه يجب رعـاية المصلحة وتقديمهـا على الإجماع وعلى غيـره من أدلة الشرع عند التعارض بطـريق البيان، وليس فى تقديمها معارضة ولا مـعاندة، بل فيه توحيد لطرق الحكم ومنع للخلاف وهذا أولى من الخلاف، فـإن تعددت المصالح وتعـذر تحصيل مـا زاد على واحدة منها حصل الأهم، ومثل ذلك فى درء المفاسد.

(١) الموافقات للشاطبى جـ ٢ ص ١٦ . (٢) المصلحة للدكتور مصطفى زيد ص ١١٧ .

وينتهى إلى أن المقصود من التشريع إنما هو تحقيق المصلحة، وباقى الأدلة تعتبر كالوسائل لإمكان التوصل إلى المصالح الحقيقية لبنى البشر، والمقاصد أحق بالرعاية من الوسائل.

ونحن لا ننكر أن للمصلحة فى الدين اعتبارها وأهميتها، **ولكننا ننكر تقديمها على الأدلة الأخرى** بزعم أنها قد تخالفها وهذا زعم فيه بشاعة فإن الشارع الذى يجعل المصلحة عمدة التشريع كما يعترف الطوفى نفسه لا يعقل أن تشتمل أحكامه على ضرر، على أن حديث «لا ضرر ولا ضرار» مع افتراض وجود هذا النوع من الضرر أحيانا يخصص النص الذى يترتب على إعماله ضرر فهو مقدم عند التعارض مع أى دليل آخر، لأنه من المحكمات التى هى من أمهات الدين وإليها يرجع عند الشك وإرادة الترجيح، وبهذا يندفع قول الطوفى إن المصلحة تخصص النصوص أو تبينها ـ لأن المخصص هو الحديث.

ولعل أضعف ما قاله الطوفى أن رعاية المصلحة بوجه عام مما **يوحد الحكم** ويمنع الخلاف مع أنها قد تدعو إلى الخلاف، أكثر مما يدعو إليه النظر فى النصوص فإن وجهات المصلحة والمفسدة كثيرة متشعبة وأبواب الأهواء والأغراض عن طريقها فسيحة متعددة. على أنه ينبغى فيما نرى ملاحظة أنها وصف معتبر شرعا لا يختلف مع قواعد الدين ونظرياته وإلا لم تعتبر ولو كان فيها مصلحة وهمية فى بعض الأذهان.

ومنهم من توسط فى العمل بها فيشترط ألا تتعارض مع نص من النصوص وأن يكون الوصف مناسبا للحكم مؤديا إليه بحيث لو أضيف الحكم إليه كان معقول الربط كما لو قلت حرِّم المخدر لأنه يؤذى البدن والمال، وكذلك الأكل إلى ما فوق الشبع، وأن الوصف مما نص الشارع على اعتباره كالسفر والمرض والقذف، والزنى وشرب الخمر فإنه تترتب عليها أحكام ربما تغير بعضها لزيادة الردع من غير مناقضة لمقاصد الشرع، فإن لم يكن منصوصا عليه فلا أقل من أن يكون مسكوتا عنه، كما إذا امتنع المتهم عن الإقرار بفعله، وكمجون المفتى

وإفلاس المكارى. فقد رتب بعض الفقهاء على ذلك بعض الأحكام التى تختلف باختلاف النظر[١].

وقد اشتهر القول بالتوسط واعتبار القيود المذكورة فى المصلحة عن الإمام مالك وأصحابه مع بعض اختلاف فى تصويره، وهذا الرأى فى المصلحة هو مذهب الحنابلة الذى تزعم السير فى منهاجه هنا إمامان جليلان هما ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ونقلت عنهما عبارات صريحة فيه[٢].

ونحن نختار اعتبار المصلحة المرسلة **و الاعتماد عليها ما دامت لا تصادم نصا ولا إجماعا** كما هو مذهب مالك واحمد. **غير أننا نرى أنه لا داعى لما** اشترط البعض من وقوع الشبه بين المصلحة التى يراد إعمالها وبين النصوص لأن وجوه الشبه كثيرة، بل يكفى القول بعدم مصادمتها للأصول الأخرى ولا معارضتها للنصوص. وإليك جملة من الأدلة التى تؤيد اختيارنا:

أولا : القرآن بيّن كثيرا مما فى المشروعات من المصالح بماتدل عليه التعليلات التى أشرنا إلى بعضها قبل، هذا إلى ما فيه من آيات تدل على قواعد عامة تتناول تقدير المصلحة واعتبارها كالأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى والنهى عن الفحشاء والمنكر والبغى.

ثانيا : السنة النبوية، وهى أيضا حافلة بالتعليلات وبالقواعد المختلفة كحديث «لا ضرر ولا ضرار» وحديث «أحب عباد الله إلى الله أنفعهم لعباده»، وحديث «لا تحقرن من المعروف شيئا ولو أن تفرغ من دلوك فى إنا المستقى».

---

(١) وقد قال أبو حنيفة بالحجر على كل من المفتى الماجن والمكارى المفلس والطبيب الجاهل دفعا لإفسادهم، وقال أحمد فيمن يشرب الخمر فى نهار رمضان بتعزيره بتغليظ الحد.

(٢) المصلحة ص ٥٦ للدكتور مصطفى زيد، وفى هذا يقول الشاطبى فى الموافقات جـ ٢ «إننا نختار المصلحة المقيدة وهى مضبوطة عند الأشاعرة باستقراء موارد الشريعة فى أبواب الفقه فإذا وجدت مصلحة تشبه المنصوص عليها اعتبرت وإلا أهدرت».

كما أن النبى كان يهم بالأمر فيمنعه من تنفيذه ما يخشى من ترتب ضرر كما فى حديث «لولا ان اشق على أمتى لأمرتهم بالسواك» وكثيرا ما تلمس بعض الصحابة من النبى الترخيص بما يتخففون به فيرخص لهم به بمقتضى الوحى، وكل ذلك ينبه على مقاصد الشريعة، وأن حكم الله حيث المصلحة والخير.

ثالثا : الإجماع. فكثيرا ما اتفق الصحابة على الفتيا بالمصلحة وكانت ربما خالفت بعض ظواهر النصوص على ما بينا قبل.

رابعا : العقل. فإنه يقضى بأن الله اعتبر مصالح عباده منذ خلقهم وسخر لهم الكائنات، فمن المحال أن يحرمهم تلك الرحمة فى أحكامه التى ما وضعت إلا لسعادة البشر، فإهمال المصلحة قد يدع بعض الأعمال معطلة على ما فيه من مخالفة للمنطق السليم.

ما نراه فى موقف أبى حنيفة والشافعى من المصلحة :

إذا كان ينسب للإمام أبى حنيفة أنه لا يقول بالمصلحة فهذا محمول على ما يخالف اتجاه الشرع، وإلا فإن كثيرا من الفروع فى مذهبه جاءت وفق المصلحة، وقد قرر محمد بن الحسن بأن أحكام المعاملات تدور مع المصلحة وجودا وعدما، فنهى عن تلقى السلع إذا ضر ذلك بمصالح الناس، ويبيحه إذا كثرت السلع فى الأسواق وانتفى الضرر، على أن البعض يرى الاستحسان الذى توسع فى الأخذ به الأحناف ما هو إلا رعاية للمصلحة.

أما ما ينسب إلى الشافعى من أنه قد أنكر المصلحة وعبر عنها أحيانا بالاستحسان، فينبغى تفسير ذلك بأنه ينكر المصلحة غير المعتبرة من الشارع مما يجر إلى الحكم بمجرد الهوى، أما إذا كانت فى حدود ما أوردنا من مسايرة مصالح الناس على وفق قواعد الشرع فإنه فى الحقيقة لا ينكرها كما تفيده النقول عن بعض الشافعية، فهذا الجوينى ينقل عنه أنه يتمسك بالمعنى – المصلحة – وإن لم يستند إلى أصل على شرط ألا يبعد عن الأصول الثابتة ويقول : إن ذلك هو المعروف فى مذهب الشافعى.

وكذلك يقول الغزالي[١] الشافعي : إن المصلحة قد تخصص العموم عند الحاجة فيذهب في قول النبي «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» إنه مجال للاجتهاد، وأنه لا يبعد قتل الزنديق إذا تاب لأنه يرى التَّقية من الزنادقة، ويقول : «إن ذلك يرجع إلى استعمال مصلحة في تخصيص عموم».

ويقول عز الدين بن عبد السلام الفقيه الشافعي[٢] : «إن من تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها إن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك».

وهذه النقول تدل على أن القول بنفي المصلحة والاستحسان في المذهب الشافعي يراد به ما يؤدي إلى الميل والهوى الشخصي، وأن القول بها عندهم يراد به الوصف المعتبر في الشرع المبني على الاجتهاد، كما أن في المذهب فروعا كثيرة لا مستند لها إلا المصلحة. على أن الشافعي نفسه قد عدل مذهبه القديم إلى آخر بحجة اختلاف البلاد وأن شئونهم تختلف فتختلف الأحكام.

ما ينتجه النظر في مختلف الأقوال الفقهية :

والواقع أن من ينظر في الأحكام الفقهية والكتب المؤلفة في مختلف المذاهب عدا الظاهرية والشيعة يجدها تموج بالاختلافات المتكثرة وأساس الكثرة منها رعاية مصالح الناس وربط الأحكام بها ربطا يختلف باختلاف أنظار الفقهاء في كل زمان ومكان بحسب اجتهاد الأئمة وتابعيهم على مر العصور من غير نكير، وكان لابد من هذا حتى لا تقف الشريعة جامدة أمام الشئون، وحتى يقوم الدليل على أن الإسلام دين عام شامل ومن أجل ذلك ادعى القرافي أن القول بالمصلحة عام في جميع المذاهب وليس خاصا بالمالكية.

---

(١) المستصفى جـ ١ ص ٢٩٨ - ٢٩٩.

(٢) قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٨١

ودعوى القرافى وإن خالفت ما هو مستفيض فى كتب الأصول من اختلاف الفقهاء فى الأخذ بها على ما بينا فإن ذلك ربما كان يرجع إلى عدم تحديد اللفظ تحديدا دقيقا يلم شمل الخلاف، ولعل من نسب إليهم من الفقهاء إنكار الاعتماد على المصلحة كانوا متأثرين بما كانوا يشفقون منه على الدين من اندفاع بعض المتنسبين إلى الفقه الإسلامى وراء الهوى ورغبات الحكام بدعوى ابتناء فتاويهم هذه على المصلحة.

المطلب الثانى

تغير الأحكام تبعا لتغير المصلحة

المقصود بالتبديل هنا الانتقال من حكم ـ غير تعبدى ولا من المقدرات ـ كان معمولا به إلى حكم آخر مغاير له يحقق مصلحة طارئة تقتضى القول به والعدول إليه، أما الأحكام التعبدية وما ألحق بها فإن الفقهاء مجمعون على أنها لا تقبل تبديلا ولا تغييرا بحال لأنها أحكام توقيفية حتى مع ذكر حكمة مشروعيتها وهى تختلف مع أحكام المعاملات و نحوها مما هو مبنى على مصالح العباد وحاجاتهم. فإن الأحكام بالنسبة لها مرتبطة بالمعانى والآثار التى انبنت عليها، ولذا جاءت النصوص فيها مجملة وعامة فى حدود القواعد الكلية. فكانت خاضعة للمصالح ومرتبطة بها، ولهذا ذهب فريق من الفقهاء إلى جواز تبديل أحكامها وإن وجدت نصوص مخالفة لها أو وجد إجماع يختلف فى الظاهر مع هذا لأن الحكم فيها يدور مع العلة والمقصد وجودا وعدما، فأفتوا ببعض أحكام تخالف منطوق النص.

على أن جمهور الفقهاء يخصون التبديل بالأحكام التى لم يرد فيها نص ولا إجماع صحيح، وهذا ما نؤيده فى الجملة سدا لباب التلاعب وتحكيم الهوى والغرض، وإليك ما يؤيد القول بالتبديل بصفة عامة عند اقتضاء المصلحة له مما أورده من فهموا روح الشريعة ومراميها من الفقهاء والباحثين.

يقول ابن القيم : «إن تغيير الفتوى بحسب الأمكنة والأحوال والنيات والعوائد معنى عظيم النفع جدا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة .. ما يفيد أن هذه الشريعة لا يعقل أن تأتى به».

وهذا النقل يؤيد ما نقول من أنه لابد من تبديل الأحكام المبنية على المصلحة حتى لا يكون هناك انفصال بين الأحكام وشئون الناس ومصالحهم؛ فإن ذلك الانفصال لا يتفق مع العقيدة الإسلامية التى هى معلومة من الدين بالضرورة من أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، فكان لابد أن تساير شئون الناس ومصالحهم، وما دام ذلك متفقا مع روح الشريعة ومسايرا لما يفهمه الأئمة والفقهاء من اتجاهاتها التى أساسها تحقيق اليسر على الناس ورفع الحرج عنهم، وذلك لا يتحقق إذا التزم القول بحكم كان مبنيا على معنى من المعانى ثم تغير ذلك المعنى وحدث معنى يقتضى خلافه من الأحكام.

وينقل الزيلعى الحنفى عن فقهاء «بلخ» أن الأحكام قد تختلف باختلاف الأزمان، ويقول القرافى المالكى إن الجمود على المنقولات أبدا ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف.

على أن الشارع فى تصرفاته منذ كان ينزل القرآن هو الذى رسم لنا تلك الخطة بالتغيير فى الأحكام بالنسخ لبعضها والتدرج فى تشريعها مسايرة لمصالح الناس بالأخف والأيسر عند الحاجة، أو انتقالا إلى الأشق كذلك عند الحاجة تثبيتا للنفوس ومقاومة لما فيها من رعونات قد تجر إلى فساد الاختلاف والعداوة، وأن فى هذا التصرف لتعليما لولاة الأمر من الحكام والعلماء أن يسلكوا مسلك هذا التصرف، وأن يتخذوا من حكمة الشارع حكمة تمكن الناس من خلافة الله فى الأرض بالتماس ما يصلحهم والدوران حول ما تتطلبه حاجاتهم ومنافعهم، ومع هذا فإن النسخ فى الأحكام والتدرج فى تشريعها من اختصاصات المشرع ومن الأمور التى لا تكون إلا فى فترة الوحى ولا تقع بعدها.

ثم إن فيما تصوره السنة النبوية من ذلك ما يركز فى نفس الفقيه أن الحكم المجتهد فيه لا ينبغى أن يكون لزاما على الناس لا يقبل تحويلا ولا تبديلا، فقد روى أحمد وغيره أن عليا قال: يا رسول الله إذا بعثتنى فى شيء أأكون كالسكة(١) المحماة أم الشاهد يرى ما لا يرى الغائب؟ فقال الرسول: بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب! وهذا يدل على أن مراعاة المصلحة أمر له خطره ويسمح بالتصرف حتى فى أثناء نزول الوحى، ما دام الشخص فى مكان تدعو ظروفه إلى التصرف، ويا لها من سماحة ويسر!!.

وقد روى أن الإمام عليا بدّل حكما يتصل بتضمين الصناع، فقال بجواز التضمين ما لم يقم الصانع ببينة على أنه لم يتعد، وكان الحكم قبل ذلك بعدم تضمينهم لأن يدهم يد أمانة ويد الأمين غير ضامنة، وإنما عدل الإمام على عنه لأنه رأى الناس لا يحتاطون فى حفظ الأمانات وربما أدى ذلك إلى ضياع بعض الأموال وإيجاد العداوة والشحناء بين الناس.

كما روى أن عثمان بن عفان أمر بالتقاط ضوال الإبل وبيعها، فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها، كما أن الرسول كما فى البخارى سئل عن ضالة الإبل هل يلتقطها من يراها؟ فنهى صلوات الله عليه عن التقاطها لأنه لا يخشى عليها وأمر بتركها ترد الماء وترعى الكلأ، وكان الحكم على ذلك حتى خلافة عثمان، فلما رأى الناس قد دب إليهم فساد الأخلاق وامتدت أيديهم إلى الحرام بدّل الحكم وهو فى الحقيقة لم يترك النص ولم يعطله تقديما للمصلحة عليه، وإنما بنى الحكم على مقصود النص فلو أبقى الحكم على ما كان مع ما لاحظه من فساد أخلاق الناس لآل الأمر إلى عكس المقصود من النص الذى يتضح أنه مبنى على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم فى ذلك الحين(٢).

وهكذا من تتبع تصرفات الصحابة وعلى رأسهم عمر الذى طالما غير بعض الأحكام إلى ما يرى أنه مصلحة مع تفسيره النصوص تفسيرا يتفق مع المصلحة وإن

(١) الحديدة التى تسك عليها النقود، والمعنى: أأكون كالآلة فلا أتصرف بما تتطلبه المصلحة والظروف.

(٢) انظر فى هذا الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد للأستاذ مصطفى الزرقا ص ٩٢٣.

كان ظاهره قد يشعر بالمخالفة كما في منع سهم المؤلفة قلوبهم، ومنع تسليم الأرض المفتوحة إلى الغزاة المحاربين، ومعاقبة الناس بإعمال عباراتهم وإيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، ومنع خروج النساء إلى المساجد، عدولا عن الأحكام السابقة تحقيقا للمصلحة.

وقد درج التابعون على ذلك فأفتوا بجواز التسعير مع نهى الرسول عن ذلك، وقالوا: إن الناس فجروا بما أصابهم من الجشع، فأراد الفقهاء مقاومة ذلك عملا بالحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار» الذى يقتضى بعمومه العمل على رفع الغبن ومقاومته، وفى هذا يقول ابن القيم : إن نهى النبى عن التسعير لعدم وجود ما يقتضيه ولو كان هناك مقتضى لفعله، كما أفتوا برد شهادة الآباء للأبناء والأخ لأخيه وأحد الزوجين للآخر مع تجويز هذه الشهادة من قبل، وإنما قالوا ذلك لما ظهر التزوير فى الشهادة من هؤلاء لهؤلاء.

ثم جاء الأئمة المجتهدون بعد ذلك فدرجوا عليه وساروا فى نهجه، فأفتى أبو حنيفة ومالك بجواز دفع الزكاة لبنى هاشم،وفهموا أن النص الذى يحرم الزكاة عليهم لم يكن على إطلاقه ولكنه مقيد بأخذ نصيبهم من بيت المال، فلما زال القيد زال التحريم منعا للضرر وتطبيقا لحديث لا ضرر ولا ضرر، وليس فى هذا تقديم للمصلحة على النص وإنما هو تصرف فى تفسير النص.

ثم جاء بعض تلاميذ الأئمة فأفتوا فى كثير من المسائل الفقهية بعكس ما أفتى به أئمتهم، وقالوا : إنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان، أو إنه اختلاف الزمان وفساد الأخلاق حتى وضع الفقهاء قاعدة «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

ومن ذلك اختلافهم فيمن يكون منه الإكراه فنقل عن أبى حنيفة أن الذى له القدرة على الإلزام والإكراه بطريق الجبر والتهديد هو السلطان فهو وحده الذى يملك تنفيذ ما توعد به، ونقل عن الصاحبين أن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره

لأن الأساس فيه أن يقع الشخص تحت تهديد الغير وبطشه ما دام قد غلب على ظنه جديته.

ثم قال الفقهاء إن هذا الخلاف منشؤه أن زمن الإمام لم يكن لغير السلطان قدرة على الإكراه لشدة استتباب الأمن ثم تغير الحال فى زمانهما وأخذوا برأى الصاحبين ونصوا على أن ما قاله الإمام يرجع إلى اختلاف الزمان.

ومن ذلك اختلاف الإمام وصاحبيه فى تعديل الشهود لتحقق العدالة المطلوبة فى الشهادة، فالإمام لا يشترط ذلك لأنه كان فى عصر تغلب فيه العدالة فلم يشترط التعديل إلا فى الحدود والقصاص لابتناء أمرهما على الدقة والدرء بالشبهة، وأما الصاحبان فقد اشترطا التعديل لكل شهادة لما رأياه من فساد الزمان، ثم جاء المتأخرون ولاحظوا ندرة العدالة الكاملة، ووجدوا أن القاضى إذا تطلب دائما نصاب العدالة الشرعية فى الشهود شق الأمر على المكلف بإقامة البينة مما قد يترتب عليه عجزه عن الإثبات وضياع حقه فأفتوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل. أى أنهم تنازلوا عن شرط العدالة المطلقة إلى العدالة النسبية.

ويقول ابن عابدين الفقيه الحنفى المتأخر : إن الأحكام المبنية على العرف يجرى فيها التغيير بتغير العرف، فقد كانت العطايا الكافية تعطى للمشتغلين بتعليم القرآن مما جعل أبا حنيفة يمنع إعطاء الأجر على تعليم القرآن ونحوه، فلما انقطعت هذه العطايا بعد ذلك أفتى المتأخرون بجواز إعطاء الأجر على القيام ببعض الأعمال الدينية كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن والعلم حرصا على إقامة الشعائر الدينية بين الناس ونشر علوم الدين.

والمعروف فى المذهب الحنفى أن المنافع ليست بأموال فلا تقوّم فى ذاتها وإنما يقومها عقد الإجارة على ما سيأتى فلا تضمن منفعة العين المغصوبة مدة الغصب، لكن المتأخرين أفتوا بالتضمين إذا كان المغصوب مال وقف أو يتيم أو مالا معدا للاستغلال، وقد لاحظوا فى ذلك ضعف الوازع الدينى وتجرؤ الناس على الغصب.

ويمكن تعميم التضمين وعدم قصره على هذه الأمور نظرا لازدياد فساد الذمم وكثرة الطمع والاعتداء على حقوق الغير.

ويقول ابن حبيب الفقيه المالكى فى مسألة تسعير السلع : ينبغى للإمام أن يجمع وجوه أهل السوق ويحضر غيرهم استظهارا على صدقهم فيسألهم عن البيع والشراء والأسعار ويسعر مما فيه رضاهم ورضا العامة حتى لا يضر الفريقين.

وينقل ابن قدامة الحنبلى أن الإمام أحمد جوَّز تخصيص بعض الأولاد بالهبة لمعنى يقتضى ذلك مثل زيادة الحاجة أو لزمانة أو عمى أو اشتغال بطلب العلم، مع ورود النهى عن التفضيل من غير تفصيل، كما نقل عنه جواز إجارة الفحل من البقر ونحوه لتلقيح إناثه لأن الحاجة تدعو إليه، مع أن الرسول نهى عن ذلك.

وأما الإمام الشافعى فقد رجع هو نفسه عن كثير من أحكامه لا لظهور خطئها ولكن عدولا إلى ما يتناسب مع عرف طارئ أو عادة محكمة، ولذا فإن مذهبه الجديد أساس المغايرة فيه تأثره بما شاهد فى مصر من تغير فى الظروف والأحوال.

على أن تغير الزمان المقتضى لتغير بعض الأحكام قد يكون ناشئا عن فساد الأخلاق وضعف الوازع الدينى مما يسميه الفقهاء بفساد الزمان، وقد يكون ناشئا عن حدوث أوضاع تنظيمية اقتضتها أساليب الحياة، ومن هذا قصر إعطاء الأمان على الوالى مع أنه كان يباح للأفراد إعطاؤه ووجوب تدوين السنة والعلوم بعد أن كان ذلك مباحا بل ورد عن الرسول النهى عن تدوين السنة وامتنع الخلفاء والصحابة لفترة طويلة عن جمعها وتدوينها، وإن كان التحقيق على ما بيناه فى موضعه أن النهى كان خاصا بكتاب الوحى فى عصر نزول القرآن.

ومن ذلك فى عصرنا الاكتفاء فى بيان العقار المبيع بذكر رقم العقار ومساحته مع أنه كان لابد من ذكر الحدود، وكذا فإن الاجتهاد القضائى استقر على اعتبار تسليم العقار المبيع حاصلا بمجرد تسجيل العقد فينقل ضمان هلاك المبيع من عهدة البائع إلى عهدة المشترى من تاريخ التسجيل، مع أن التسليم كان قديما لابد فيه من التسليم الفعلى أو التمكين منه، ولا ينتقل ضمان الهلاك إلا بهذا ، فحدوث هذه الأوضاع التنظيمية يقتضى ولا شك أن يتبدل الحكم الفقهى الاجتهادى عما كان عليه من قبل، يقول ابن عابدين فى رسالة نشر العرف : «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان».

الأحكام التى تتبدل بتغير الزمان :

الأحكام التعبدية وما ألحق بها من المقدرات الشرعية لا تقبل التبديل مطلقا مهما تبدل المكان وتعاقب الزمان، وأما ما عداها من الأحكام المتعلقة بمعاملات الناس وأمور دنياهم فإن ما ثبت منها بدليل واضح من الكتاب أو السنة الصحيحة فإن كثرة الفقهاء الأئمة يصرحون بالوقوف عندها.

على أن طائفة من الكاتبين فى هذا المقام قديما أو حديثا يوردون بعض جزئيات من صور التبدل ويذكرون فى بعضها أنه جاء على خلاف ما تقتضيه النصوص، والواقع ـ كما هو واضح لنا ـ أنه يمكن رد ذلك إلى تفسير فى النصوص على مقتضى ما تدعو إليه من دلالات الألفاظ التى تختلف باختلاف ظروفها وقرائنها كدلالة المفاهيم وما إليها مما يمكن أن يوجد فى ألفاظ الكتاب والسنة ثروة تسمح للمجتهد أن يتصرف فى فهمها فى دائرة تلك الدلالات التى بينت مواضعها من كتب أصول الفقه.

وبناء على هذا نستطيع القول بأن من ذكر خلافا فى هذا المقام فإن نظرته إليه نظرة ظاهرية غير فاحصة ولا عميقة، فإننى أتجه كما قلت وكررت **إلى تأييد القول بعدم جواز تبديل الأحكام الثابتة بالنص** لأنه

بالتأمل فيما نقل عن الصحابة والتابعين وبعض الأئمة مشعرا بمخالفته لبعض النصوص، يظهر أنه ليس فيها تبديل للنص ولا خروج عليه، وإليك بيان ذلك فى بعض الجزئيات على سبيل المثال والتوجيه[1]:

١ ـ شرب الوليد بن عقبة الخمر وهو أمير على جيش فى أرض الروم وثبت عليه ذلك فأشار بعضهم بإقامة الحد عليه فتصدى لهم حذيفة بن اليمان وقال : اتحدون أميركم وقد دنوتم من العدو فيطمعوا فيكم؟ فكفوا عما كانوا يفكرون فيه.

وليس فى هذه الواقعة كما يبدو لى ما يدل على المدعى من تبدل لحكم منصوص عليه لأنه لم يثبت امتناعهم عن إقامة الحد نهائيا إذ من الجائز أن يكون قد أرجىء لأنه هو الأمير الذى يملك إقامة الحد، ولأنهم فى أرض العدو، وقد نهى النبى عن إقامة حد السرقة فى أرض العدو حيث قال : «لا تقطع الأيدى فى الغزو» وعلله كبار الصحابة بأن المنع لما يترتب على فعله من ضرر أكبر كلحوق المرتكب للجريمة بالعدو حمية وغضبا فليكن حد الشرب مقيسا على حد السرقة فى هذا للاشتراك فى العلة، فالنبى خصص من عموم إقامة الحد نوعا خاصا بما كان فى أرض العدو أثناء الغزو وذلك التخصيص وإن كان فى جزئية السرقة فإنه يقاس عليها ما يشبهها فكان ذلك قياسا مخصصا لما أجمع عليه الصحابة من إقامة الحد على شارب الخمر لا مخالفا له، بل هو فى الحقيقة عمل بالإجماع الذى دل على أنه لا تقام الحدود فى أرض العدو كما أفاد كلام ابن القيم فى نقله الذى يقول فيه: «قد نص أحمد وإسحق بن راهويه والأوزاعى وغيرهم من علماء المسلمين على أن الحدود لا تقام فى أرض العدو، ونقل عن أبى محمد المقدسى أنه إجماع الصحابة وأن عمر كتب الا يقيم أمير جيش ولا سرية حدا وهو غاز لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار».

٢ ـ أسقط عمر بن الخطاب حد السرقة عن السارق عام المجاعة، وهذه المسألة تدخل تحت قاعدة الضرورة التى أجمع المسلمون على اعتبارها وترتب

(١) وقد أفاض فى ذلك ابن القيم فى أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤ وما بعدها، وفلسفة التشريع الإسلامى لصبحى محمصانى ص ١٧٥ / ١٨٨، وتعليل الأحكام للأستاذ الشيخ شلبى ص ٣٦٢ / ٦٧٣ .

الأحكام عليها، ويقول ابن القيم : «إن سقوط القطع فى المجاعة محض القياس ومقتضى قواعد الشرع لما يغلب على الناس من الحاجة والضرورة وهذه شبهة قوية تدرأ القطع عن المحتاج» ويمكن القطع بأن عدم القطع هنا يرجع إلى نصٍ هو قول الرسول : «ادرءوا الحدود بالشبهات».

٣ ـ يرى بعض الفقهاء جواز إخراج زكاة الفطر من غير ما ورد النص عليه كغالب قوت البلد عند الشافعية، أو القيم عند الأحناف، والتحقيق أن هذا من قبيل القياس وليس فيه تبديل الحكم فضلا عن مخالفة النص فإن العلة من إخراج صاع من تمر أو شعير أو زبيب إغناء الفقير عن السؤال فى هذا اليوم بسد حاجته، وهو متحقق بإخراج ما عدا هذه الأصناف مما تتجدد مع الزمان وتختلف باختلاف المكان ومما يحصل معه ذلك الغرض بما يناسب الزمان وإن اختلفت وجهة نظر الفقهاء فى ذلك توسعة فى دائرته وتضييقا.

٤ ـ أجاز الفقهاء طواف الحائض بالبيت الحرام أيام الحج مع نهى النبى عن ذلك، والواقع أن هذه الحالة ضرورة حفظا على أداء فريضة الحج التى يعرض ما يمنعها بعد ذلك، وأما فى زمن النبى وخلفائه فقد كان يحتبس الركب لأجل الحيض. ولكنه استحال ذلك فيما بعد عادة فرخص هؤلاء لهن الطواف بالبيت على اختلاف وتفصيل بينهم.

ويقول القرافى تأييدا لما فهمناه من أن الذى يستبدل من الأحكام ما ليس فى مقابلة نص ولا إجماع «إن جميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام فى تلك الأبواب» فهذه العبارة تدل على أن كل حكم مصدره العادة يتغير بتغيرها ومقتضاه وأن ما كان مصدره النص أو الإجماع لا يتغير[1].

والواقع أن القرافى فى هذا يقرر أصلا من أصول مذهب إمامه الذى يقول بالمصلحة إذا لم يكن معارضة لأصل من نص أو إجماع، ويتفق مع ما أورده

(١) وقد فهم بعض الكاتبين أن عبارة القرافى تشمل ما كان ثابتا بالنص أيضا أو إجماع، ولم يتنبه إلى تقييد القرافى ذلك بما كان محمولا على العوائد.

الشاطبى المتوفى سنة ٧٩٠ في الموافقات من قوله : «إن المصلحة المرسلة تعتبر إذا كانت ملائمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافى أصلا من أصوله ولا دليلا من دلائله. بل نقل البعض عن الإمام مالك أن المصلحة إذا عارضها نص تلغى، وقد أشرنا إلى مثل ذلك عند الكلام على آراء العلماء فى المصلحة، خلافا لمن ادعى من الكاتبين(١) أن فى فروع الإمام مالك ما يقتضى اعتبار المصلحة ولو كانت فى مقابلة النص، فهو خالف ما اشتهر من قوله بالمصلحة المرسلة وتفسير الإرسال بألا تعارض المصلحة أصلا ولا دليلا.

ومهما يكن من شىء فقد سبق أن أشرنا إلى أن من العلماء من يقول باعتبار المصلحة متوسعا فى اعتبارها ومقدما لها فى بعض الأحيان على ظاهر النص اجتهادا منه فى أن ذلك هو مقصد الشريعة، فإذا كانت هناك فروع فى بعض كتب الفقه يظن فيها أنها مخالفة لبعض النصوص تأويلا ربما زل فى بعضه، وقد يكون هو أو إمامه لم يطلع على النص المخالف أو لم يثبت عنده، أو ثبت عنده نص آخر معارض له حتى لا نخرج عن الدائرة التى رسمناها من احترام النصوص الثابتة وتقديرها.

وإن كان القصد من وراء ذلك التوسع فى تبديل الأحكام وتغيرها هو التيسير على الناس وجعل الشريعة الإسلامية صالحة قائمة بشئون الناس فى كل زمان، فإن ذلك موفور فيما لحظته الشريعة الإسلامية من إيراد ما يتعلق بالمعاملات وما يتصل بها على وجه يجعله قابلا للتطبيق فى كل زمن بحسب المصالح، ومما تركه الشرع والأئمة لنا من القواعد العامة التى هى كفيلة الا يشذ عنها شىء من هذه الشئون وتلك المصالح.

والحق أن الأحكام الشرعية التى تتبدل بتبدل الزمان مهما تغيرت بتغيره فإن المبدأ الشرعى فيها واحد وهو إحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد وتحقيق ما فيه نفع المجتمع الإسلامى فى ضوء مبادئ الإسلام وقواعده العامة.

(١) راجع تعليل الأحكام ص ٣٦٧ للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى.

المبحث السادس

طائفة من القواعد الفقهية

سبق أن نقلنا عن القرافى قوله : إن الشريعة اشتملت على أصول وفروع، وأن أصولها قسمان : أصول الفقه، والقواعد الكلية الفقهية».

كما سبق أن وعدنا بعرض القواعد الفقهية الستة الأساسية التى ذكرها ابن نجيم، وطائفة من القواعد الأخرى، وإليك البيان :

أولا ـ القواعد الأساسية :

١ ـ **قاعدة الأمور بمقاصدها** : الأعمال التى تصدر من المكلفين يقاس ما فيها من خير أو شر، ومقدار ذلك الخير أو الشر بنية الشخص وما قصده إلى ذلك الفعل من أثر، والأصل فى هذه القاعدة حديث الصحيحين «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» وغيره من الأحاديث التى تفيد أن النية أساس فى صحة الأعمال واعتبارها وقبولها. فرب عمل صالح يعمل بنية سيئة فيكون عملا سيئا يعاقب عليه صاحبه ولا يثاب كالمصلى المرائى فقد جعل الله جزاءه جهنم(١)، بل إن رأس الأعمال وهو الإيمان إذا أظهره صاحبه من غير مطابقة القلب اعتبر صاحبه منافقا وغير مؤمن.

ولهذا تربط الأفعال بمقاصدها ولا سيما فى العبادات لأنه حق الله والتعامل بها معه وحده وأثرها استحقاق ثوابه أو غضبه وعقابه، أما فى المعاملات فلما كان القصد لا يمكن الاطلاع عليه للأفراد الذين ترتبط حقوقهم بها كان لابد لها من علامة تدل عليها وهى ما تسمى بالإرادة الظاهرة.

ومما يترتب على هذه القاعدة أنه إذا اختلفت النية والظاهر حكم بمقتضى النية إن أمكن معرفتها، فإذا اختلفت الإرادة مع العبارة قدمت الإرادة، وقد وضعوا هذا المعنى فى قاعدة فرعية تنص «إن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا

(١) انظر الآية فى سورة الماعون.

للألفاظ والمبانى» فمن أعار فى مقابل أجـر كان عقد إجارة وإن كان اللفظ يفيد أنه عقـد إعارة، ومن وهب بشرط العـوض اعتبـر بيعا، ومـن أجل ذلك كان النكاح بلفظ الهبة نكاحا عند الأحناف.

وقد انبنى على هـذه القاعدة الأصليـة عدة أحكام فقـهية منشـورة فى كتب الفروع ومختلف أبوابها، فمن باع العنب ليتـخذ خمرا كان آثما، ومن باع السلاح للبغاة وقـطاع الطريق قاصدا معونتـهم كان آثما، ولو امتنع إنسـان عن الطعام دون نية الصيـام لم يكن صائما ولو كان فى رمـضان، ومما يرتبط بهذا ما قاله كـثير من الفقهاء من أن السفر لمعصية لا يترخص له فيحرم المسافر من القصر والجمع والفطر فى رمضان.

٢ ـ **لا ثواب إلا بالنية** : هذه القاعدة فى الحقيقة كان يحسن أن تكون فرعا من سابقـتها لأن كـون الأعمال بمقاصـدها يترتب عليه أن النـية أساس فى اعتـبار العمل والنظـرة إليه وتقديره، وكـون المرء لا يثاب على العمل إلا بـالنية داخل فى ذلك لأن الثواب أثر من آثار تقدير العمل واعتباره.

ومهما يكن فإن المراد بالنية هنا نـية القربة إلى الله وطلب الثواب منه، فهذا الذى يتحقق به الثواب على العمل وينبغى أن يلاحظ فـيه كونه مشروعا غير ممنوع يراد به التقرب إلى الله سـبحانه وتعالى، فـإذا كان غير مشـروع فإنه لا ثواب عليه مهما قـصد به صاحبه من التقـرب أو ابتغاء رضوانه، كما يفعـل البعض فى إحياء الموالد والأعياد وليالى رمضان.

٣ ـ **الضرر يزال** : ترجع هذه القـاعدة إلى حـديث الرسول الذى أخـرجه مالك وأحمد وابن مـاجه «لا ضرر ولا ضرار» وعبارة الحديث فى الحـقيقة أوسع دائرة من القاعدة، لأن الحديث فى فقـرته الأولى ينفى الضرر قبل الوقوع وبعده، وفى الفقرة الثـانية ينفى الضرر فى مقـابلة الضرر. أى أن المعتدى عليـه لا يتجاوز حقه وإنما تكون السيئة بمثلها كما تدل عليه آية سورة الشورى.

وهذه القاعدة أساس عـام لما يقول به الفقهاء من التمـاثل فى القصاص ورد العدوان، كما أنهـا أساس لقاعدة المصلحة برمتهـا. وينبغى أن يلاحظ تضييق دائرة

الضرر عملا بهذه القاعدة، ولهـذا يحكم الشارع على من أتلف مال غيره بالضمان لا بإتلاف مـال الآخر، لأن فى ذلك دفـعا لضرر المعـتدى عليـه مع تضييـق دائرة الضرر بحفظ المال بالضمـان دون إتلاف، ولذا قالوا فى هذا ومثله «الضرر لا يزال بمثله» ويدخل تحت هذه القاعـدة عدة فروع متـناثرة فى مختلف أبواب الفقـه نذكر منها على سبيل المثال.

أنه لو انتهت مـدة الإجارة فى الأرض الزراعـية قبل أوان الحـصاد أو نضج الثمر فـإن الأرض تبقى فى يد المستأجـر بأجر المثل مدة حتى يحـصد زرعه ويجنى ثمره دون أن يترتب عليه إضرار بصاحب الأرض.

كذلك لو اسـتأجر شخص زورقـا فى البحر لمدة زمنية فـانتهت المدة وهو فى وسط البحر فإنها تمتد بأجر بمقدار ما يوصل إلى البر.

وكذلك فإن الحجر علـى فاقد الأهلية وناقصها قصد به حـمايته ومنع الضرر عنه، كما أن الشفعة شرعت لمنع ضـرر الدخيل على الشفيع، وكذلك الخيارات إنما شرعت لحماية المتعاقد مما عسـاه أن يكون من ضرر فى العقد يفوّت عليه قصده منه ويزعزع الرضا من نفسه به، وكذا الـقسمة الجبرية والتسعير، كمـا أنها بصفة عامة تعتبر أصلا لمبدأ التعسف فى استعمال الحق.

وقد تفـرع على هذه القاعدة جـملة قواعد أخرى أقل مـنها شمولا واتسـاعا كقـولهم «الضرر يدفع بقدر الإمكان» ولذا شـرع الجهاد لدفع شـر الأعداء ووجب سد الذرائع المفضية إلى المفسدة.

كما فرعوا عليها قاعدة «الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأخف» ومن هذا فرض النفقـة جبرا فى مـال الأغنياء رعـاية لأقاربهم الفقـراء، ومنه الحجر عـلى الطبيب الجاهل والمفـتى الماجن والمكارى المفلس، ومنها العـقود الجـبرية كالبـيع والإجارة للمنافع العامة.

كما فـرعوا عليها أيضا قـاعدة «درء المفاسد مقـدم على جلب المصالح» التى ينبنى عليـها تحريم الربا والمعـاملات الفاسـدة ومنع الاتجار بالخمـر مع ما فيـها من منافع.

كما فرع الأصوليون عليها قاعدة «أن المانع مقدم على المقتضى عند التعارض» فيمنع من الإرث من تحقق فيه سببه إذا قتل مورثه عمدا عدوانا لأن القتل ضرر جسيم فيزال بمنع الإرث الذى هو ضرر يسير، ونكون بهذا راعينا المانع وعطلنا المقتضى درءا للمفسدة أيضا، وإزالة للضرر الأكبر.

٤ـ **العادة محكمة** : المراد بالعادة هنا ما تعارف عليه الناس، والشريعة الإسلامية تعتبر العرف الجارى بين الناس فى شئون التعامل، ولهذا أجاز جمهور من الفقهاء البيع بالتعاطى وإدخال الشروط المتعارف عليها فى العقود ولو كان مخالفة لمقتضى العقد ولم يرد بها نص، كما تركوا للناس ما يتعارفون عليه فى اعتبار المكيلات والموزونات، وحكموا العادة فى مثل الأكل فى الطرقات لاعتبار المروءة وعدمها ولقبول الشهادة.

وقد جعله الإمام أبو حنيفة أساسا يبنى عليه الحنث فى الأيمان وعدمه حتى قالوا من حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث وإن كان القرآن وصفه بأنه لحم طرى، وكذلك لو حلف لا يجلس على بساط فجلس على الأرض فإنه لا يحنث مع أن القرآن وصف الأرض فى سورة نوح بأنها بساط، كل ذلك دفعا للحرج عن الناس ومعاملة لهم بمقاصدهم.

وقد توسع أبو يوسف فى اعتبار العرف والعادة حتى أنه قال : إذا ورد النص على أساس عرف مستقر وقت وروده ثم تغير العرف بعد ذلك فإن الحكم يتغير تبعا لتغيره، وينبغى أن يلاحظ مع هذا أن العرف المحكم هو ما لا يتعارض مع الشريعة فلا يحل حراما ولا يحرم حلالا، والعرف المعتبر هو كأن يتعارف الناس على تقديم الهدايا للزوجة قبل الزفاف أو تقديم ما يسمى «بالشبكة» وتعارفهم على دفع ثلثى المهر عند التعاقد والباقى يؤخر إلى أقرب الأجلين : الموت أو الطلاق.

أما تعارفهم على إحلال ما هو حرام أو العكس فهو عرف فاسد لا يعتبره الشرع ولا يصلح لابتناء الأحكام عليه. فلو تعارف الناس علي إحلال الربا وتحريم

البيع أو تعارفوا على إباحة الأعراض واغتصاب الأموال أو تعارفوا على توريث الأنثى مثل نصيب أخيها الذكر(١) لما كان شىء من ذلك جائزا شرعا لمخالفة حكم الشرع.

ومما يتفرع على هذه القاعدة من القواعد قولهم «الحقيقة تترك بدلالة العادة» وقولهم «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، وقاعدة «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان» وقد سبق تفصيله.

٥ ـ **اليقين لا يزول بالشك** : ومعنى ذلك أنه إذا كان هناك أمر شرعى مقطوع بحصوله، ثم طرأ الشك على تغيره بعد ذلك فإنه لا يعمل بذلك الشك ويجرى العمل على اعتبار ما كان مقطوعا بحصوله حتى يتحقق السبب المزيل أو يغلب على الظن ذلك، وقد تأيد ذلك فوق دلالة العقل ببعض أحاديث تدل عليه، منها ما يفيد أن الشيطان يشكك المصلى بالحدث فى صلاته فلا يعتبر النبى ﷺ ذلك ناقضا للطهارة ولا مؤثرا فى الصلاة ما لم يقم دليل على زوال الطهارة أو يغلب على ظنه ذلك. ويقول العزيزى فى شرحه على الجامع الصغير : إن هذا الحديث دليل على هذه القاعدة الأساسية. وبناء على ذلك جرى الفقهاء فى جميع الأمور التى يتعلق بها حكم الشارع فى مختلف أبواب الفقه، فإذا وقع عقد بيقين ثم شك فى حدوث ما يفسخه فالعقد قائم، وإذا هلكت الوديعة وشك فى أن سبب الهلاك تعدى المودع فلا ضمان عليه.

ومن هذه القاعدة أخذ كثير من الفقهاء والأصوليين دليل الاستصحاب الذى سبق الكلام عنه، وعبر عنه بعضهم بقاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان» كما فرعوا أيضا عليها قاعدة «الأصل براءة الذمة» لأن المرء يولد دون أن يكون محملا بالتزامات، وإن ما يتحمله من التزامات ويتعلق به من مسئوليات إنما هى أمور طارئة والأصل فيما يعرض العدم، ولذا قالوا قاعدة «الأصل فيما يعرض من الأمور

---

(١) مع ملاحظة أن الإخوة لأم شركاء فى ثلث التركة ولا فرق بين الذكر والأنثى على ما بيناه فى القسم الأول من كتابنا الوصايا فى الفقه الإسلامى.

العـدم» كمـا قالوا «البـينة عند الإنكار على المدعى» إذ بالإنكار يبـقى الأصل وهو براءة الذمة، وأيدوا ذلك بحديث «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

وفرعـوا أيضا قـاعـدة «لا عبـرة للدلالة فى مقـابلة التصـريح» فإذا قـبض المشترى المبيع أمام البائع قبل قبض ثمنه فى البيع الحال لا يعتبر إذنا ما لم يستمر البائع على سكوته، فإذا طلب استرداد السلعة كان على المشترى ردها لأن التصريح الذى صدر منه أقوى من الدلالة التى تنبنى على السكوت.

ويتصل بهـذا قاعدة «أن السكوت فى معرض الحاجة إلى البيان بيـان» فإن الساكت لا يعتبر متكلما إلا أن سكوته يقـوم مقام الكلام، ورجوعهـا إلى القاعدة الأصليـة ناشئ من أن الكلام يقـين والسكوت شك، فإذا علمت الزوجة بعـيب جنسى فى زوجهـا وسكتت فإن ذلك لا يسقط حـقها فى التـقاضى. لأن السكوت وإن دل على الرضا فإن التقاضى تصريح بعدم الرضا، والتصريح أقوى من الدلالة لإفادته اليقين.

ومما يتفرع على هذه القـاعدة الأساسية أيضا قاعـدة «لا عبرة بالتوهم» الذى هو أقل من الشك فلا تنبنى عليـه الأحكام مطلقا، فلو شهد اثنـان على امرأة أنها خالية من الموانع الشرعية[1] بالنسبة لمن يريد الزواج بها اعتبرت تلك الشهادة وأخذ بها ولا عبـرة بتوهم وجود المانع المحتـمل من إفادة الشهادة غلبـة الظن، وإن كان التوهم لا يعتبر فإن الشك بخلافه، فإنه قد تترتب عليه الأحكام أحيانا إذا لم يكن فى مقابلة اليقين.

٦ ـ **المشقة تجلب التيسير**: أصل هذه القـاعـدة من القـرآن الكـريم فـيما تـدل عـليـه آيـات متـعددة تقتـضى رفع الحرج والمشـقة الزائدة عن المكلفين، كما أن هناك آيات تقضى بأن الله يريد بعباده اليسر ولا يريد بهم العسر.

---

(١) أى أنها لا تحـرم عليه من النسب أو الرضاع، وأنهـا ليست زوجة لآخر ولا فى عـدته على ما بيناه فى كتابنا، الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة.

ولا يراد بالمشقة فى لسان الفقهاء أصلها لأنه لا يخلو تكليف من التكاليف الشرعية منها، وإنما المراد الحرج والمشقة الزائدان بحيث تضيق بها الصدور وتستنفد الجهود على ما بيناه قبل. ولهذا بين الشارع لعباده رخصا تدفع عنهم المشقة الزائدة وتستوجب اليسر والسهولة حتى تنبعث نفوسهم إلى تنفيذ الأحكام، ومن ذلك الترخيص للمسافر والمريض بالقصر والجمع فى الصلاة وتأخير الصوم إلى زوال العذر. وكذلك إباحة بعض المحرمات والترخيص فيها عند الحاجة والضرورة.

وينبغى أن يلاحظ أن المشقة تشمل الاضطراريات والحاجيات دون الكماليات. فحالة الاضطرار مما يلتجىء إليه المرء لحفظ النفس أو المال أو العقل أو الدين أو النسل على ما سبق. وحالة الحاجة هى ما تلزم صالح المعيشة.

وقد تفرع على هذه القاعدة مسائل فقهية كثيرة منها : القرض والحوالة والحجر، ومن فروعها أن جهل الوكيل والقاضى بالعزل لا يمنع من نفوذ تصرفاتهما دفعا للحرج والمشقة، كما انبنى عليها التجاوز عن اشتراط العدالة فى الشهادة إلى قبول شهادة الأمثل فالأمثل تيسيرا على الناس فى عصورنا ودفعا للحرج عنهم، وانبنى على هذه القاعدة أيضا الرجوع إلى العرف فى كثير من أحكام التعامل وهى من أسس العمل بدليل المصلحة.

وقد تفرع على هذه القاعدة جملة قواعد منها قولهم : «الضرورات تبيح المحظورات» وقولهم «عموم البلوى ميسرة» وهذه قد بنوا عليها : العفو عن النجاسات التى لا يمكن الاحتراز عنها، ودخول بعض المحرمات فى بعض الأدوية التى لا يمكن الاستغناء عنها، ويمكن أن يطبق هذا على النظر إلى بعض العورات التى لا يمكن الاحتراس عن النظر إليها لشيوعها فى الشوارع والطرقات ومختلف الأماكن والمواصلات ما دام غير متعمد ولا مقصود لذاته.

ومما تفرع على هذه القاعـدة الأصلية قولهم «الضرورة تـقدر بقدرها» وهى تقتضى أن نظرة الطبيب إلى عورة المريض تختص بقدر العلاج، وكذلك النظر إلى عورة الأجنبية الذى لا يمكن الاحتراس عنه عملا بقاعدة عموم البلوى فإنه تضييق فى دائرة عدم الاسترسال مع الشهوة.

وفرعوا أيضا قاعـدة «الاضطرار لا يبطل حق الغير» ورتبوا على ذلك أن من اضطر لأكل طعام غيره فإنه يضمن القيمة ما دام قادرا.

هذه هى القواعد التى اعتبروها قواعد أساسية للأحكام الفقهية، وبالنظر فيها يتبين ان بـينها بعض التداخل مثل قـاعدة «لا ثواب إلا بالنية» مع قاعـدة «الأعمال بمقاصدها» وقاعدة «العادة محكمـة» مع قاعدة «الضرر يزال» وما إلى ذلك مما يظهر بالتأمل فيها.

هذا وسنعرض لك طائفة من القواعد الأخـرى بكل إيجاز ثم ننتقل إلى بيان مسلك القرافى وغيره من الأصوليين كما وعدنا.

١ ـ **الغرم بالغنم** : ومعنى هذه القاعدة أن التـضمينات التى تحصل من شىء تكون على من يستفيد منه شرعا، ولذا قـالوا : إن نفقة الفقير العاجز عن الكسب واجبـة فى بيت المال لأنه وارث من لا وارث له، وحكمـوا بنفقة رد العـارية على المستعير، ورد الوديعة على المودع.

٢ ـ **لا يجتمع أجر وضمان** : فمن وجب عليه ضمان لشىء بمقتضى موجب شرعى فإنه يلزمه أجـر ما ينتفع به منه، فلو استأجر شـخص دابة فهلكت بالتعدى أو الإهمال فإنه يضمن قيمتها ويسقط عنه الأجر.

٣ ـ **التصرف علي الرعـية منوط بالمصلحة** : هذه من قواعد السياسة الشرعية التى تقـيد تصرفـات الولاة وتحددها بأن تكون فى حـدود المصلحة. فكـل تصرف يقصد به استغـلال النفوذ أو الاستبداد بالسلطان فهو غير جائز شـرعا ولا سيما إذا خالف نصا. ولهذه القـواعد أصول فى الكتاب والسنة مثل قول الرسـول فيما رواه الطبرى : «ما من امير يلى أمر المسلمين ثـم لم يجهد لهم وينصح كنصحه وجهده لنفسه إلا لم يدخل معهم الجنة».

٤ ـ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص : وهى تفيد أن ما ورد فيه نص قطعى ويحتمل التأويل لا يكون محلا للاجتهاد ويدخل فى ذلك الإجماع الثابت بالنقل الصحيح، أما النص الذى يحتمل أكثر من معنى فإن الاجتهاد فيه يكون فى دائرة مفاد النص، ولا يؤخذ بالقياس ولا الرأى إذا خرج عن دائرة النص.

٥ ـ الاجتهاد لا ينقض بمثله : إذا تغير رأى المجتهد عمّا كان أفتى به أو حكم بمقتضاه قبل فإن الحكم الأول يبقى على ما كان كى تستقر الأمور فيفتى ويقضى فيما جد عنده، ولذا فإن عمر بن الخطاب لما قضى فى مسألة باجتهاده وكان قد قضى فى مثلها قبل ذلك باجتهاد مخالف قال : «تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضى».

٦ ـ ما ثبت علي خلاف القياس لا يقاس عليه : وقد عرفت أن الاستحسان إنما يكون على خلاف القياس فلا ينبغى أن يقاس على ما ثبت استحسانا من هذه الناحية لأنها جاءت على سبيل الاستثناء والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه.

٧ ـ من سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه : فلو أقر شخص على نفسه بشيء ثم سعى فى إبطال إقراره بدعوى الخطأ ونحوه فإنه يعامل فى حق نفسه بمقتضى إقراره الأول، فلو طلق امرأته بائنا وهو فى مرض الموت فرارا من إرثها فيه فماتت هى قبله فإنه لا يرث فيها معاملة له بإقراره ولا يصدق إذا قال إنى كنت أقصد حرمانها من إرثى.

٨ ـ الخراج بالضمان : أى أن منافع الشيء يستحقها من يلزمه ضمانها إذا هلكت فى يده وكان مستندا فى أخذه إلى حالة مشروعة.أما الغاصب فإنه يضمن المغصوب ولا تباح له منفعته، كما أن الخراج غير التولد الذى هو سبب من أسباب الملكية، فإن الضمان لا يقتضى تملك الضامن ولد الدابة ولبنها وصوفها.

٩ ـ جناية العجماء جبار : أصل هذه القاعدة من السنة قول الرسول فيما أخرجه الصحيحان «العجماء جرحها جبار» ـ أى هدر لا ضمان على صاحبها فيه.

١٠ ـ حق العبد مقدم علي حق الرب : أى أنه إذا اجتمع الحقان وتعارضا فإن إعمال حق العبد مقدم ويسقط من أجله حق الرب، فلو مات المدين بدين مستغرق للأفراد وكانت عليه زكاة أو نذر أو كفارة فإن أمواله يستحقها الدائنون لأن حقهم مقدم على حق الله على تفصيل بين الفقهاء فى هذا [١].

هذه طائفة من القواعد الكلية وتلك هى القواعد الأساسية، وإنا سنعرض لك إتماما للفائدة مسلك القرافى فى عرض القواعد ثم نذكر على سبيل المثال قاعدة من القواعد الأصولية.

أما القرافى فإنه يذكر القواعد فى صور مقارنات بين مسائل قد يشتبه بعضها على ما أشرنا فيبين وجه الفرق والخلاف بين كل واحدة ومقابلتها ومن ذلك :

١ ـ الأخص مقدم علي الأعم في الأحكام : فإذا وثبت سمكة فى حجر إنسان فى سفينة فهى له دون صاحب السفينة، لأن حيازته لها أخص من حيازة صاحب السفينة [٢]، ومن ذلك المصلى الذى لا يجد ما يستر به عورته عند الصلاة إلا نجسا أو حريرا فإنه يقدم النجس فى الاجتناب لأنه أخص إذ لا يحرم إلا فى وقت الصلاة، وعلى هذا يصلى فى الحرير.

٢ ـ إذن الشارع في التصرف لا يسقط الضمان وإذن المالك يسقطه : لأن الله سبحانه جعل ما هو حق بإذنه لا ينقل فيه الملك بين العباد إلا برضاهم، ولذا فإن الضمان لا يسقط بإتلافه اعتمادا على إذن الشرع وحده كما أن ما هو حق الله لا يملك العباد إسقاطه، فكل من الحقين موكول أمره لمن هو منسوب إليه [٣].

---

(١) راجع لنا فى ذلك مباحث الحكم عند الأصوليين، و «الوصايا فى الفقه الإسلامى» القسم الأول.

(٢) راجع ذلك فى كتابات الفقه الإسلامى عند الكلام عن الصيد.

(٣) راجع تفصيل ذلك لنا فى نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن نشرته مكتبة النهضة العربية.

٣ ـ أسباب الكسب الفعلية تصح من عديم الأهلية وناقصها دون القولية : فلو صاد ملك الصيد، ولو احتطب ملك الحطب بخلاف ما لو باع أو اشترى أو استأجر.

٤ ـ التخيير بين المتباينات يقتضي التسوية بخلاف غيرها : وهذا كخصال كفارة اليمين وهى العتق والكسوة والإطعام فكلها متساوية فى الوجوب لتباين هذه الخصال وعدم إمكان تداخلها، وأما التخيير بين الأقل والأكثر مثلا كما فى التخيير بين تعبد نصف الليل أو ثلثه أو ثلثيه فإنه لا يقتضى التساوى كما هو ظاهر من أن عبادة الثلثين أكثر وأفضل.

٥ ـ لا يجزئ خلاف الواجب علي الواجب : فلو صلى إنسان ألف ركعة تنفلا لم يجزئ عن صلاة واحدة مفروضة، ولو صام مائة يوم تطوعا لم يجزئ عن يوم من رمضان، ولو تصدق بألف جنيه تطوعا لا يجزئ عن جنيه واحد من الزكاة.

وقد استثنى القرافى من هذه القاعدة بعض مسائل منها : إذا اغتسل يوم الجمعة تطوعا ناسيا أنه جنب فإنه يجزئ، وعلى كل فالقواعد كلها كما قلنا غالبية يوجد فيها أمور مستثناة.

٦ ـ التداخل في الأسباب خلاف الأصل : فإذا وجد سببان الأثر المترتب عليهما واحد فالقياس أن يترتب عليهما أثران ، ولكن التداخل قد وقع فى جملة أبواب منها : الطهارة إذا تكررت أسبابها المختلفة كالحيض والجنابة أو أسبابها المتماثلة كالجنابتين، ومنها الحدود المتماثلة وإن اختلفت أسبابها كالقذف وشرب الخمر فإنها تتداخل لأن كلا منها ثمانون جلدة، أو اتحد سببها وتكرر كمن زنا أكثر من مرة أو سرق أو شرب أكثر من مرة فإنه يقام عليه فى كل نوع منها حد واحد.

بقى أن نشير إلى ما يورده بعض الأصوليين من القواعد فى كتب الأصول. فمن ذلك ما أورده الشاطبى والقرافى وغيرهما فى تقسيم مقاصد التكليف الشرعى إلى ضروريات وحاجيات وتحسينات وقد أطال الشاطبى فى إيرادها بتصوير كل قسم وعرض صور كثيرة وجزئيات مختلفة له ثم أتبعها بذكر ما يكمل كل قسم من تلك الأقسام، وأورد كذلك تصويرا لكل قسم وأمثلة متعددة له بما يبين أنه ليس أساسا فيه ولا داخلا فى جوهره ومفهومه.

ومن ذلك قاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب : وقد أطبق الأصوليون على إيرادها باعتبار أنها تدخل تبعا فى قسم الواجب، الذى هو أحد أقسام الحكم الشرعى التكليفى.

ومقدمة الواجب هى ما يتوقف الواجب عليه وهى قسمان :

مقدمة وجود أى تكليف كدخول الوقت بالنسبة للصلاة والصوم وهذه ليست فى مقدور المكلف ولا مطلوب منه فعلها.

ومقدمة وجوب أى صحة كالطهارة بالنسبة للصلاة وغسل بعض شعر الرأس لتمام غسل الوجه الواجب، وما كان فى مقدور المكلف من مقدمة الوجوب «الصحة» يجب فعله لأن الواجب لا يصح إلا به على ما بيناه تفصيلا فى كتابنا مباحث الحكم.

وحسبنا هذا القدر فى عرض القواعد ومصادر التشريع الإسلامى، تاركين تفصيل ذلك إلى موضعه من كتب القواعد والأصول.

* * *

ولعلك قد أمعنت النظر فيما بيناه لك عن تاريخ التشريع الإسلامى والأدوار التى مر بها من بدء ظهور هذا التشريع إلى وقتنا الحاضر والأسس التى قام عليها.

وما عرضناه لك من مراحل تدوين الفقه الإسلامى وأصوله والفتاوى وجمع كتاب الله وسنة رسوله، ومحاولة جمع الناس على رأى واحد يحتكمون إليه، وما أشاد به بعض المستشرقين ورجال القانون المسلمين وغير المسلمين من بلاد العالم.

ومن الطبيعى أن تكون قد تبينت من ذلك كله قيمة الفقه الإسلامى ومتانته ومكانته وما يكشف عنه من الثروة العلمية العظيمة فى ذلك الفقه وصلاحيته للاحتكام إليه فى كل زمان ومكان.

كما تستطيع أن تتبين مما أوردناه فى القسم الثانى مرونة مصادر الفقه الإسلامى وأنها على قلتها لم تغادر صغيرة ولا كبيرة إلا أحصتها بقواعدها العامة التى تدور حول مراعاة المصالح والمفاسد، وأنها شجعت الفقهاء والباحثين على أن يتناولوا فى كل جرأة وشجاعة وضع الأحكام على مقتضاها ومن طريقها المعبد الميسر، وذلك كله آية على عموم رسالة الإسلام وأنه تشريع صالح للناس جميعا فى كل زمان ومكان برغم تغير المصالح واختلاف البيئات، وأن مصادره المرنة التى تمكنه من ذلك لدليل قوته وإعجازه وأن أصوله ليست من صنع البشر وإنما هى من عند الله المنزه عن الخطأ.

* * *

وبذا نكون قد انتهينا من القسمين الأول والثانى، ونقدم لك القسم الثالث وهو فى موضوع الاجتهاد والقضاء فى الإسلام مع المقارنة ما أمكن بما عليه العمل الآن.

القسم الثالث

الاجتهاد والقضاء في الإسلام

ويشتمل على بابين

الباب الأول
الاجتهاد

الفصل الأول
الاجتهاد وما يجوز فيه والمجتهد وشروطه

المبحث الأول
الاجتهاد وما يكون فيه

التعريف بالاجتهاد : الاجتهاد[1] فى اصطلاح الفقهاء والأصوليين بذل الجهد[2] فى استنباط الأحكام من أدلتها بالنظر المؤدى إليها.

والاجتهاد الآن بالنسبة للقضاء يطلق على المسلك الذى يتبعه القضاة فى أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص «وإن كان هذا مجاله ضيق فى بلادنا التى لها قوانين مدونة فإنه فى

---

(١) لما كان الاجتهاد هو الطريق الموصل إلى استنباط الأحكام من أدلتها اعتبره الأصوليون من مباحث علم الأصول باعتباره ذيلا للأدلة. راجع لنا (مباحث الحكم عند الأصوليين). والاجتهاد من الجهد وهو المشقة والطاقة، وهو فى اللغة عبارة عن بذل الجهد واستفراغ الوسع فى تحصيل المطلوب، ولا يطلق فى الحقيقة إلا على ما فيه مشقة.

(٢) ومعنى بذل الجهد أن يحس المجتهد من نفسه العجز عن المزيد على ما بذله، ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٣٦، ولذا قالوا أن الاجتهاد لا يكون إلا فيما فيه كلفة ومشقة، ويقال اجتهد فى حمل الصخرة ولا يقال اجتهد فى حمل النواة.

ومن الأصوليين من عرف الاجتهاد بقوله : «استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعى» والمقصود بكلمة ظن إفادة أن الحكم الذى يستنبطه المجتهد ما هو إلا ظن أى إدراك للطرف الراجح.

إنجلترا له أهمية عملية كبرى لأنه ليس لها قانون مدون جامع وإنما يتقيد الحاكم باجتهاد المحاكم العليا التى تتقيد بدورها باجتهادها السابق. وهذه الاجتهادات فى الواقع تمثل العرف العام(١).

أنواع الاجتهاد : من المعلوم أن لله تعالى حكما فى كل مسألة، وأن الكثير منها تركها دون نص عليها ونصب أمارات وطرق لإرشاد المجتهدين عليها،وحتى الأحكام التى جاء نص بها كثيرا ما يكون النص غير قاطع فى الدلالة على الحكم فيعمل المجتهدون على الاستدلال عليه بين المعانى التى يحتملها النص، والفرق أن الاجتهاد هنا يكون مقيدا بما يتتجه النص، أما فيما لم يرد فيه نص ولا حكم إجماعى ولم يكن معلوما من الدين بالضرورة فإن مجال الاجتهاد فيه واسع لأنه اجتهاد بالرأى وتوقع الخلاف فيه كبير.

والاجتهاد بالرأى لا يكون صحيحا إلا إذا كان الرأى فيه بالطرق التى مهد الشرع بها وجعلها أمارات على الأحكام الشرعية. وهذا ما عناه معاذ بن جبل بقوله للرسول وقد ولاه قضاء اليمن وسأله: كيف تقضى ؟ فقال : «إن لم أجد فى كتاب الله وسنة رسوله أجتهد رأيى» وهو الذى عناه أبو بكر حينما سئل عن الكلالة(٢) فقال : **«أقول فيها برأيى فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فمنى»** وهو الذى عناه عمر والأئمة عند قول أحدهم : **«أقول برأيى»** وأما التفكير بغير هذه الطرق فهو مذموم لأنه تفكير بالهوى ولا يسمى اجتهادا(٣).

---

(١) فلسفة التشريع الإسلامى لصبحى محمصانى ص ١٦٤ .

(٢) الكلالة قرابة غير الولد والوالد وهذا هو تفسير أبى بكر لها، وقد تبعه فى هذا التفسير عمر أيضا.

(٣) وقد قسم الشاطبى الاجتهاد الواقع فى الشريعة إلى ضربين :

أ ـ اجتهاد معتبر شرعا وهو الصادر عن أهله الذين اهتموا بمعرفة ما يفتقر إليه الاجتهاد وهذا هو محل بحث الأصوليين.

ب ـ اجتهاد غير معتبر شرعا وهو الصادر ممن لا يعرف ما يحتاج إليه الاجتهاد ومن يرى بمجرد التشهى والغرض فكل رأى صدر على هذا الوجه فهو ضد الحق الذى أنزله الله. =

والاجتهاد بناء على ذلك يتنوع إلى ثلاثة أنواع :

١ ـ بذل الجهد للتوصل إلى الحكم المراد من النص الظنى الثبوت أو الظنى الدلالة، وهذا يكون مجال الاجتهاد فيه فى حدود تفهم النص وترجيح بعض ما يفيد مفهوما آخر دون خروج عن دائرة مفاد النص، كما يكون فى معرفة سند النص وطريق وصوله إلينا.

٢ ـ بذل الجهد للتوصل إلى حكم لم يرد فيه نص قطعى ولا ظنى ولم يظهره إجماع سابق بالأمارات والوسائل التى وضعها الشارع للدلالة عليه كالقياس والاستحسان، وهذا هو الاجتهاد بالرأى(١).

٣ ـ بذل الجهد للتوصل إلى الحكم الشرعى بتطبيق القواعد الكلية، وهذا فيما يمكن أخذه من القواعد والنصوص الكلية دون أن يكون فيه نص خاص،

= ولعل الشاطبى إنما سلك هذا المسلك نظرا إلى لفظ الاجتهاد ومعناه اللغوى إذ الواقع أن النوع الثانى لا يدخل فى الاجتهاد الأصولى حتى يكون من ضروبه كما يرشد إلى تعريف الأصوليين للاجتهاد :

كما أنه قسم الاجتهاد إلى ضربين باعتبار آخر :

أ ـ اجتهاد لا ينقطع ولا يزول ما دامت التكاليف قائمة والناس مخاطبين بالشرائع، ومثل له بالعامى إذا سمع أن الزيادة فى الصلاة سهوا إن كانت يسيرة فمغفورة بخلاف ما إذا كانت كثيرة فإنه إذا وقعت منه زيادة لابد أن يجتهد حتى يعلم أنها زيادة كبيرة أو قليلة فيسجد للسهو أو لا يسجد.

ب ـ اجتهاد يمكن أن ينقطع، ثم قسم هذا الضرب تقسيما مسهبا يتفق مع مسلكه.

غير أننا نستطيع ان نقف من مسلكه فى هذا التقسيم أيضا موقفنا من مسلكه فى التقسيم السابق إذ أن الضرب الاول هنا لا يدخل فى حقيقة الاجتهاد بالمعنى الأصولى الذى مر بك لأن ما سماه اجتهادا غير منقطع لا يتحقق فيه معنى استنباط الأحكام من أدلتها بالنظر الفردى إنما هو تصرف عقلى بحت ومحاولة تطبيق الأحكام، فهو لا يصلح أن يطلق عليه اجتهاد إذ لابد للاجتهاد من بذل الجهد والاستنباط من الأدلة نفسها.

(١) وينبغى أن يكون الاجتهاد بالرأى قاصرا على الجماعة التشريعية الذين توافر فى كل واحد منها ما يجعله أهلا للاجتهاد حتى نتجنب الفوضى التى أدت سابقا إلى القول بسد باب الاجتهاد، وحتى نأمن الشطط والزلل.

راجع فى هذا المعنى عبد الوهاب خلاف فى مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ص ١٢ .

ولم يظهره إجماع سابق، ولا يمكن أخذ حكمه بالقياس أو الاستحسان وإنما هو فى الحقيقة راجع إلى جلب المصلحة ودفع المفسدة على مقتضى قواعد الشرع.

الفرق بين الاجتهاد والقياس :

مجال الاجتهاد فى الواقع هو ما يعرض من الوقائع سواء أكانت منصوصا على حكمها بنص ظنى الثبوت أو الدلالة أو غير منصوص عليه. فالاجتهاد فيما فيه نص ظنى يتحقق بتفهم ذلك النص والوصول إلى المراد منه ومعرفة ما إذا كان النص خاصا أو عاما ثم هل العام باق على عمومه أو مخصص، ومعرفة ما إذا كان مطلقا أم مقيدا، وهل المطلق باق على إطلاقه أو دخله التقييد.

والاجتهاد فيما لا نص فيه بالاستدلال على حكمه بالقياس والاستحسان أو بمراعاة المصلحة المرسلة أو بأى دليل من الأدلة التى نصبها الشارع للوصول إلى حكم لا نص فيه.

أما مجال القياس فهو الوقائع التى لا نص على حكمها إذا تحققت شروطه وبذا نستطيع أن نتبين أن القياس مصدر من مصادر الاجتهاد، وطريق من طرقه.

كما نستطيع أيضا أن نقول أن الاجتهاد أعم من القياس(١) فكلما وجد اتلقياس وجد الاجتهاد ولا عكس إذ قد يتحقق الاجتهاد فى الأحكام التى سندها ظنى أو قاعدة كلية عامة.

ومن الفروق بين الاجتهاد والقياس أن القياس لا يكون فى مسائل العبادات والحدود والكفارات، بينما يجوز أن يجرى الاجتهاد فيها كما يجرى فى غيرها.

ما يجوز فيه الاجتهاد وما لا يجوز :

الاجتهاد عامل ضرورى فى تاريخ نشوء التشريع إذ هو الواسطة لاستنباط الأحكام من أدلتها الشرعية منقولة كانت أو معقولة، ، وقلنا إن لله فى كل مسألة

(١) ومع هذا فقد يسمى القياس باسم الاجتهاد فى بعض الإطلاقات ويكونان مترادفين.

حكما، وأن الكثير من الأحكام مسكوت عنها، وقد نصّب الشارع أمارات ومهد طرقا للدلالة عليها، وأن بعض الأحكام قد ورد بها نص قاطع أو عرفت من الدين بالضرورة أو كانت محل إجماع المسلمين فلا يمكن الخروج عنها.

وبناء على هذا نتبين أن الأحكام الشرعية ليست كلها محلا للاجتهاد وأن هناك أحكاما لا مجال للاجتهاد فيها وهى :

١ ـ الأحكام التى ورد فيها نص قطعى[١] الثبوت والدلالة من الكتاب أو السنة المتواترة كافتراض الصلاة والصوم والزكاة والحج، وحل البيع والزواج والوفاء بالعقود، وأن للذكر فى الميراث مثل حظ الأنثيين، وأن الابن يحجب الإخوة والأخوات، وحرمة الربا والزنى وأكل أموال الناس بالباطل، وهكذا كل حكم لازم اتباعه ولا يجوز مخالفته.

وكذلك المقدرات الشرعية التى لا مجال للرأى فيها وثبتت بالسنة المتواترة[٢] كأعداد الركعات ومواقيت الصلاة وأن المفروض خمس صلوات يوميا، وأن الظهر أربع ركعات والمغرب ثلاث ركعات، وكبعض مناسك الحج، وكذلك كل ما هو معلوم من الدين بالضرورة فإنه لا يسوغ فيه الاجتهاد، ولا يكون محلا له.

٢ ـ الأحكام التى لم يرد فيها نص ما، ولم تعلم من الدين بالضرورة، وإنما أجمع عليها المسلمون المجتهدون فى عصر من العصور كبطلان زواج المسلمة بغير المسلم، وتوريث الجدات السدس[٣] وجواز عقد الاستصناع وما إلى ذلك. غير أنه يجب على المجتهد أن يتأكد من أن الحكم انعقد عليه الإجماع من قبل.

---

(١) والقرآن كله قطعى من ناحية الثبوت لأنه نقل إلينا بطريق التواتر حفظا وتدوينا، أما السنة فهى كما علمت منها ما هو متواتر وهذا قطعى الثبوت وهو أكثر ما يكون فى السنة العملية.

(٢) لأنها إن كان طريق ثبوتها خبر الآحاد فهى يجرى فيها الاجتهاد إذ يبحث المجتهد فى صحة سند الحديث وطريق وصوله إلى المجتهد وما إلى ذلك وهل يعمل به إذا تعارض مع القياس وإذا كان مرسلا؟

(٣) مع أنه يروى عن الرسول أنه قال : اطعموا الجدات السدس، لكن الصحابة فى عهد أبى بكر اخذوا حكم إعطائها السدس بطريق الإجماع فأصبح الحكم لا يقبل الاجتهاد.

أما الأحكام التي يسوغ فيها الاجتهاد وتكون محلا له فهي :

١ ـ ما ورد فيه نص ظني الثبوت والدلالة معا، ويكون الاجتهاد في هذا من ناحية السند وصحة ثبوته وطريق وصوله، ومن ناحية دلالة النص على الحكم المطلوب استنتاجه فينظر المجتهد فيه من جهة دلالته قوة وضعفا، ومن جهة عمومه أو خصوصه إلى غير ذلك مما سبق الإشارة إليه.

٢ ـ ما ورد فيه نص قطعي الثبوت ظني الدلالة. وهذا كما يكون في السنة يكون في القرآن، ومجال الاجتهاد فيه قاصر على ناحية الدلالة فقط وفي دائرة النص.

٣ ـ ما ورد فيه نص ظني الثبوت قطعي الدلالة، وهو لا يكون في القرآن وإنما يكون في السنة، والاجتهاد فيه يكون من ناحية السند وصحة الحديث ونسبته للرسول، ومجال الاجتهاد في هذه الأمور الثلاثة محدود مقيد بالنص فلا يصح للمجتهد أن يخرج عن احتمالات دلالة النص.

٤ ـ ما لم يرد فيه نص ولا إجماع ولم يعلم من الدين بالضرورة، وهو الذي قلنا إنه اجتهاد بالرأي، ووظيفة المجتهد فيه أن يسلك مسلك القياس أو الاستحسان أو العرف؛ وما إلى ذلك مما تختلف فيه أنظار المجتهدين، ،ولذا فإن مجال الاجتهاد فيه أوسع من غيره.

ولا شك أن هذه الأشياء مما تختلف فيه أنظار الباحثين اختلافا بينا، ولا سيما اجتهادهم فيما لا نص فيه ولا إجماع، ومن أجل هذا اختلفت الأحكام في المسألة الواحدة تبعا لاختلاف مسالك المجتهدين وتفاوت أنظارهم فيها.

ومن الطبيعي الا يكون الاجتهاد على نحو واحد لاختلاف مسالكه، فالاختلاف الفقهي نتيجة ضرورية لابد منها ما دامت الأفهام متفاوتة ـ وهذا لا يعيب التشريع بل يدل على مرونته ـ ولهذا فإن الأئمة اختلفوا في الأحكام

والفتاوى، وكان هذا الاختلاف نفسه مصدر ثروة تشريعية، ونظريات متعددة مما يجعل تشريعنا لا يضيق عن حاجتنا(١).

والاختلاف الناشىء عن الاجتهاد فى الفقه الإسلامى أمر مألوف بين القضاة الذين يطبقون أحكام القوانين التى صيغت فى مواد محدودة، فإنهم كثيرا ما يختلفون فى فهم وتفسير وتطبيق بعض هذه المواد. لعدم وضوح دلالتها على الأحكام مما يجعلها ظنية الدلالة، فتكون محلا للاجتهاد وإن كانت قطعية الثبوت.

أما إذا كان نص المادة واضحا فى دلالته على الحكم ولا يحمل أكثر من معنى واحد فإنه يكون قطعى الثبوت والدلالة وعلى هذا فلا مجال للقاضى أن يجتهد فيه، ولو كان يرى أنه غير عادل.

وبذا يتفق التقنين الوضعى مع مذهب الأصوليين فى أن ما كان قطعى الثبوت والدلالة من النصوص فإنه لا مجال للاجتهاد فيه بخلاف غيره.

حكم الاجتهاد التكليفى :

ومن توافرت فيه شروط الاجتهاد كان مكلفا شرعا باستنباط أحكام ما يجد من مسائل، سواء أكان ذلك لنفسه أم لغيره، بحيث إذا لم يفعل ذلك كان آثما، إلا إلا إذا قام به غيره فيسقط عنه التكليف لاندفاع الحاجة، وقالوا إنه يندب افتراض المسائل قبل حدوثها واستنباط حكمها حتى يمكن مواجهة الأحداث والاحتياط للنوازل، وقد كان هذا مسلك فقهاء مدرسة الرأى والأحناف منهم خاصة، كما يكون الاجتهاد حراما إذا كان فى مقابلة نص قطعى الثبوت والدلالة أو فى مقابلة حكم مجمع عليه لأن هذا لا يكون اجتهادا فى الواقع إذ هو مما لا يسوغ الاجتهاد فيه.

(١) ويؤيد هذا المعنى ما روى أن الرسول ﷺ قال : «اختلاف أمتى رحمة»، «أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم» الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٢٠٣ وينقل الشاطبى لنا فى الموافقات جـ ٤ ص ٤١ أن عمر بن عبد العزيز قال : «ما أحب أن أصحاب محمد لا يختلفون لأن الرأى لو كان واحدا لكان الناس فى ضيق، وإنهم أئمة يقتدى بهم، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة».

أدلة وجوب الاجتهاد :

١ ـ يقول الله تعالى : ﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾، ويقول : ﴿فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول﴾ فقد أمر من هم أهل للتفهم والتأمل بالاعتبار، وقالوا: إن هذا يفيد وجوب الاجتهاد عليهم، وفى الآية الثانية قالوا إن المقصود بقوله فإن تنازعتم فى شىء أى ما لم يرد به نص من الله ورسوله يجب طاعته، ومعنى رده إلى الله والرسول أن ينظر المجتهدون فى الكتاب والسنة والأحكام المعللة فيستنبطوا الحكم على أساسها وهذه سبيل الاجتهاد فلابد إذن من وجود علماء يجب عليهم الاجتهاد.

٢ ـ يقول الرسول : «اجتهدوا فكل ميسر لما خلق له، إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر» فقد أمرنا بالاجتهاد والأمر يفيد الوجوب لمن هو أهل له.

٣ ـ ما حدث من الخلفاء والصحابة والتابعين من الاجتهاد فى النوازل التى لم يرد فيها نص.

٤ ـ النصوص متناهية والحوادث غير متناهية، ولابد لكل ما يجد عن معرفة حكم الله فيه، والذى يستطيع التعرف عليه إنما هو المجتهد، فيجب الاجتهاد على من تحققت فيه شروطه وإلا لما أمكن تطبيق أحكام الإسلام فيما يطلب معرفة حكم الله فيه.

إمكان الاجتهاد فى كل عصر :

سبق أن بينا ما دفع العلماء فى القرن الرابع الهجرى إلى سد باب الاجتهاد. وقد ناقشنا ذلك فى موضعه، وقلنا إن باب الاجتهاد لم يوصد، وأن كل ما كان أهلا له لزمه أن يجتهد. بل قال الحنابلة أنه لا يصح أن يخلو العصر من وجود مجتهد تتوافر فيه الشروط المطلوبة لأن طريق معرفة الأحكام الشرعية إنما هو الاجتهاد؛ إذ الوقائع متجددة والحاجة إلى معرفة حكم الله مستمرة فى كل زمن، وشريعة الله خوطب بها الناس فى كل العصور، يقول الله تعالى : ﴿فاعتبروا

يا أولى الأبصار﴾ فلو خلا عصر من مجتهد يمكن الاستناد إليه فى معرفة الأحكام لأفضى ذلك إلى تعطيل الشريعة وعدم إمكان تطبيقها فيما يجد من الوقائع[١].

من أجل هذا ينبغى فيما نرى أن يشجع ولاة الأمر من لديهم استعداد فطرى للاجتهاد بتهيىء السبيل إليهم وإعدادهم لدراسة ما يحقق فيهم وصف الاجتهاد المطلق أو على الأقل الاجتهاد فى نوع من الأحكام كل حسب اتجاهه ورغبته.

وينبغى أن يلاحظ أن هذا الخلاف بالنسبة للمجتهد المطلق، وأما ما يتعلق بتطبيق الأحكام فإن الفقهاء متفقون على عدم خلو العصر منهم على أنهم فى الحقيقة لا ينطبق عليهم تعريف الاجتهاد ولا يسمون مجتهدين إلا تجوزا لأن عملهم هو تطبيق العلل المستنبطة على كل جزئية تتحقق فيها العلة[٢] وبذا نجد أن الخلاف ينحصر فقط فى الاجتهاد المطلق، وأن الحنابلة قالوا بأن الباب مفتوح بل ويجب ألا يخلو منه أى عصر.

---

(١) يقول ابن القيم جـ ٤ ص ٢١٢ : وهذا هو المراد من قول الرسول : «إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها أمر دينها» وهم الذين قال فيهم الإمام على : لن تخلو الأرض من قائم لله بحجته.

(٢) وفى هذا يقول صاحب فواتح الرحموت على مسلم الثبوت ... والنزاع فى المجتهد مطلقا لأن اللازم من دلائل الفريقين ثبوت المجتهد مطلقا أو انتفاؤه مطلقا .. ثم إن من الناس من حكم بوجوب الخلو من بعد العلامة النسفى واختتم الاجتهاد به وعنوا الاجتهاد فى المذهب. وأما الاجتهاد المطلق فقالوا اختتم بالائمة الأربعة، ثم قال : «وهذا كله هوس ولا يعبأ به لأن من قال به فقد انتهى بغير علم. فضل وأضل»

وقد عقد الآمدى فى كتابه الاحكام جـ ٤ ص ٣١٣ مبحثا خاصا لهذه المسالة وأشار إلى أن الحنابلة يمنعون خلو العصر من مجتهد وساق أدلتهم النقلية والعقلية، وقال إن آخرين يجيزون ذلك وساق أدلتهم وانتصر للمجوزين، وكل ما ساقه من أدلة هو فى الواقع محل نظر ومناقشة، وقد عرض الموضوع وناقشه صاحب مسلم الثبوت جـ ٣ ص ٣٩٩ / ٤٠٠ .

المبحث الثانى

المجتهد وشروطه

المجتهد وأنواعه:

المجتهد هو الذى توافرت فيه صفة الاجتهاد بأن كان متمكنا من استنباط الأحكام العملية من أدلتها الشرعية، ويطلق عليه الأصوليون اسم الفقيه والمفتى، وعلى هذا فإن من له دراية بالأحكام الشرعية من غير أن يكون له قدرة على استنباطها من الأدلة لا يسمى مجتهدا ولا فقيها عندهم، وإن كان الفقهاء اصطلحوا أخيرا على اعتباره فقيها تمشيا مع العرف، وقد بينا ذلك فى القسم الأول، كما أن الذى يقوم بتطبيق الأحكام على الحوادث والجزئيات دون أن يكون له مقدرة على استنباطها من أدلتها لا يسمى مجتهدا على ما أشرنا إليه قبل هذا المبحث. هذاوالظاهر من كلام الأصوليين أنه لا يتصور فقيه غير مجتهد، ولا مجتهد غير فقيه على الإطلاق[1].

والمجتهد نوعان: مجتهد مطلق يفتى فى جميع الأحكام كالأئمة والصحابة من قبلهم، ومجتهد فى حكم أو أحكام خاصة، وسنعرض هنا ما يشترط فى كل منهما ثم نبين رأى الفقهاء والأصوليين فى جواز تجزؤ الاجتهاد وعدم جوازه.

ما يشترط فى المجتهد المطلق: يرى الأصوليون[2] ضرورة توافر الآتى لتحقق هذا النوع من الاجتهاد:

(١) راجع التقرير والتحبير لابن أمير الحاج على التحرير للكمال بن الهمام جـ ٣ ص ٢٩١، جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٨٤، والجلال المحلى عليه حيث يقول: «والفقيه المجتهد لأن كلا منهما يصدق على ما يصدق عليه الأخر».

(٢) وفى الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٢١٩ «المجتهد كل من اتصف بصفة الاجتهاد، وله شرطان: الأول أن يعلم وجود الرب وصفاته حتى يتصور منه التكليف، وأن يصدق برسوله عارفا بما يتوقف عليه الإيمان عالما بأدلة الأمور من جهة الجملة. الثانى أن يكون عارفا بمدلول الأحكام وطرق ثبوتها ووجود دلالتها وجهات الترجيح والناسخ والمنسوخ واللغة العربية بالقدر الذى يستطيع به التمكن من الألفاظ والتراكيب، ثم يقول: إنما يشترط هذا فى حق المجتهد المطلق للحكم والفتوى فى جميع مسائل الفقه.

١ ـ أن يكون على علم تام بأحكام القرآن والسنة والأصول التشريعية العامة التى قرراها، وهذا يتحقق بمعرفة التشريع العملى فيهما من جزئياته وكلياته فيتعرف على آيات الأحكام، وهى كما قلنا ليست بكثيرة بحيث يستطيع أن يجمع آيات كل نوع منها حتى يكون بين يديه مثلا آيات القرآن المتعلقة بالطلاق أو البيع أو بالإرث أو بالوصية، وكذلك يكون واقفا على أحاديث الأحكام عارفا بمواضعها، وقد أصبح ذلك ميسورا بعد التدوين والفحص والتصحيح، وأن يقف على أسباب نزول هذه الآيات وورود الأحاديث وما جاء من السنة فى بيانها عارفا بالناسخ والمنسوخ منها، وبالمتواتر من الأحاديث وغيره، وحال الرواة وملما بمعانى كل ذلك، ويكفى فى كل هذا أن يكون عالما بمواقع هذه الآيات والأحاديث وإن لم يكن حافظا لها بحيث يتمكن من الرجوع إلى ما يحتاج منه عند طلبه[1].

٢ ـ أن يعرف الأحكام المجمع عليها والمختلف فيها حتى يكون على بينة عند اجتهاده من أن ما يبحث فيه لم يصدر فيه حكم إجماعى، وحتى يكون الطريق أمامه نيرا إلى تخير الحكم الصحيح.

= وفي الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ٥٦ «إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين : فهم مقاصد الشريعة على كمالها، الثانى التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها ..» ثم فصل القول وأسهب على طريقته فى بيان هذين الوصفين.

وفى المستصفى للغزالى جـ ٢ ص ٣٥٠ : وللمجتهد شرطان أحدهما أن يكون محيطا بمدارك الشرع متمكنا من استثارة الظن فيها. الثانى ان يكون عدلا. وهذا الشرط لجواز الاعتماد على فتواه. فالعدالة شرط للقبول لا للصحة، ثم يقول : إنما يشترط ما ذكر فى حق المجتهد المطلق الذى يفتى فى جميع الشرع.

وفى التحرير للكمال والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج عليه جـ ٣ ص ١٩٣ «وشرط مطلق الاجتهاد بعد صحة إيمانه معرفته بحال جزئيات مفاهيم الألقاب الاصطلاحية .. إلخ».

(١) ويرى الشافعى ضرورة حفظ جميع القرآن، وجاء فى نهاية السول للأسنوى على منهاج الوصول للبيضاوى وهو مطبوع بهامش التقرير والتحبير «لا يشترط حفظ القرآن بل يكفى أن يكون عارفا بمواقعه حتى يرجع إليها فى وقت الحاجة، ونقل الشافعى أنه يشترط حفظ جميع القرآن وهو مخالف لكلام الإمام من وجهيه، وكذا الكلام بالنسبة للسنة» جـ ٣ ص ٣٠٨، ٣٠٩ .

٣ ـ أن يعرف علل الأحكام ومسالكها وطرق استفادتها من الأدلة، ووجوه دلالة الألفاظ على المعاني إلى غير ذلك مما يبحث فيه علم أصول الفقه، على أن الوسيلة لاستنباط الأحكام فيما لا نص فيه أن يكون محيطا بمقاصد التشريع عالما بمصالح الناس.

٤ ـ أن يعرف علوم اللغة العربية بما يمكنه من فهم النصوص فهما صحيحا(٢).

٥ ـ أن يكون بالغا عاقلا حتى يتمكن من الفهم والاستنباط.

٦ ـ أن يكون عدلا ويدخل في هذا ما اشترطه الأحناف صراحة لصحة الاجتهاد من أن يكون المجتهد عاملا بالأحكام التي أداه إليها اجتهاده لأن ذلك مظهر إيمانه بصحتها فيطمئن الناس إلى اتباعه(٣).

---

(١) ومعرفة ما اختلف من الأحكام وإن بدا أمرا هينا فإنه أساس له خطره في بناء الاجتهاد وتكوينه. نقل الشاطبي في حديث طويل أن الرسول قال: «أعلم الناس أبصرهم بالحق إذا اختلف الناس» وقال الشاطبي أن هذا تنبيه على المعرفة بقواعد الخلاف، لهذا جعل الناس العلم معرفة الاختلاف فقال قتادة: إن من لم يعرف الاختلاف لم يشم أنفه الفقه. وقال هشام الرازي: من لم يعرف اختلاف الفقهاء فليس بفقيه، وقال عطاء: لا ينبغي لأحد أن يفتي الناس حتى يكون عالما باختلاف الناس فإنه إن لم يكن كذلك رد من العلم ما هو أوثق من الذي في يديه، وعن ابن عيينة أنه قال: أجسر الناس على الفتيا أقلهم علما باختلاف العلماء، وعن مالك: لا تجوز الفتيا إلا لمن علم ما اختلف الناس فيه. وأطال الشاطبي في نقل أمثال هذه الأقوال ثم قال: والكلام كثير في هذا وحاصله معرفة مواقع الخلاف لا حفظه مجرد الخلاف. راجع الموافقات جـ ٤ ص / ٨٩ ـ ٩٠

(٢) فإن لم يكن بصدد فهم النصوص بل كان اجتهاده متعلقا بالمعاني من المصالح والمفاسد مجردة عن اقتضاء النصوص لها فلا يلزمه في هذه الجزئية العلم باللغة العربية بل يكفيه العلم بمقاصد الشريعة. راجع الشاطبي في الموافقات جـ ٤ ص ٩٠ .

(٣) وفي الموافقات جـ ٤ ص ١٥٨ : ومن كان منهم على مقتضى فتواه فهو متصف بأوصاف العلم، حتى إذا أحببت الاقتداء به من غير سؤال أغناك عن السؤال في كثير من الأعمال كما كان الرسول يؤخذ العلم من قوله وفعله وإقراره، وهذا النمط إذا وجد فهو أولى ممن ليس كذلك لأن قوله أنفع وفتواه أدفع، وهو جدير أن تنقاد النفوس له بالطواعية.

وهذا الكلام في جملته يدل على أن العمل بالعلم ليس شرطا عنده في صحة الاجتهاد وإنما هو للتفضيل والأولوية، ونحن نرجح هذا القول دفعا للحرج في مثل هذا العصر لأن هذا النمط المثالي لا يكاد يوجد فيه.

وينص كثير من الأصـوليين على اشتراط الإسلام في المجتهـد لأن الاجتهاد في نظرهم نوع عبادة والإسلام شرط في صحة العبادات[١].

ما يشترط في المجتهد في بعض الأحكام :

أما المجتهد في حكم أو أحكام خاصة، فإنه يشترط فيه معرفة ما يتعلق بهذا الحكم دون معـرفة جميع الأحكام، لأن المجـتهد في حكم يتعلق بالنكـاح مثلا لا يحتاج إلى كل ما يتـعلق بالحج أو الزكاة أو الصلاة إذ قد يكون المجتهد مـتخصصا في بعض أبواب الفقه دون سائر أبوابه.

ويُـعنون الأصوليون لهذا الموضوع بتجزيء الاجتهاد ونقلوا فيه خلافا بينهم. ويقـولون إن بعـضـا من المالكيـة ومن الحنابلة والظاهرية والغـزالي والآمـدي من الشافعية والكمـال بن الهمام من الحنفية على جواز ذلك، وأن من كان مـتخصصا في باب أو مسألة فقهـية مع توافر ما قلناه فيه مجتهـد، ويكون لما أداه إليه اجتهاده نفس الحجية التي لغيره، ولا يجوز له التقليد فيه وإن جاز له التقليد في غيره[٢].

وليس من شرط المجتهد أن يجيب عن كل مسألة فقد سئل مالك عن أربعين مسألة فقال لا أدري في ست وثلاثين منهـا، وكم توقف الشافعي بل الصحابة عن

---

(١) هذا ويقول الشاطبي أيضا في جـ ٤ ص ٥٨ : «وقد أجاز النظار وقوع الاجتهاد في الشريعة من الكافر المنكر لوجود الصانـع والرسالة الشرعية، واستدلوا بأنه يجـوز في الاستدلال بناء النتائج على مقدمات فرضية فلا مانع أن يستدل من الكتاب والسنة على افتراض صحتها».

(٢) وفي هذا يقول الغزالي في المستصفى جـ ٢ ص ٢٥٣ «ليس الاجتـهاد منصبا لا يتجزأ بل يجوز أن يوصف بمنصـب الاجتـهاد في بعض الأحكام دون البعض، ولو لم تعـتبره مجتـهدا لزم أن يكون مقلدا، وترك العلم عن دليل إلى تقليد خلاف المعـقول، كما روى عن الرسول أنه قال : «استفت قلبـك وإن أفتاك المفتون» ويقـول : «فمن عرف طريق النظر بالقيـاس فله أن يفتي في مسألة قياسية وإن لم يكن ماهرا في علم الحديث».

ويقول الآمدي جـ ٤ ص ٢٢١ : «أما الاجتهـاد في حكم بعض المسائل فيكفي فيه أن يكون عارفا بما يتعلق بتلك المسألة وما لابد منه فيها ولا يضره في ذلك جهله بما لا تعلق له بها».

وراجع أيضا شرح مسلم الثبوت جـ ٢ ص ٣٦٤، وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٢٥ جمع الجوامع، والعطار عليه جـ ٢ ص ٢٧٨ حيث يقول : والصحيح جواز تجزيء الاجتهاد . .

الإجابة على بعض الأسئلة، غير أن الجمهور يرون أن الاجتهاد درجة فقهية لا تتجزأ لأن الشريعة متصلة الأجزاء. ولكل من الفريقين وجهته غير أننا نميل إلى القول بالتجزؤ لما يبدو لنا فيه من قوة دليل.

طبقات المجتهدين :

سبق أن ذكرنا فى القسم الأول تقسيم الأحناف لطبقات الفقهاء وبينا أنهم سبع طبقات، غير أن ابن القيم[١] قسمهم إلى أربعة أقسام:

الأول : العالم بكتاب الله وسنة رسوله وأقوال الصحابة فهو المجتهد فى أحكام النوازل، ولا ينافى اجتهاده تقليد غيره أحيانا[٢]. فقد قال الشافعى فى موضع من الحج : قلته تقليدا لعطاء، وهذا النوع من المجتهدين يتأدى بهم فرض الاجتهاد.

الثاني : مجتهد مقيد فى مذهب من ائتم به فهو مجتهد فى معرفة فتاويه وأقواله متمكن من التخريج والقياس عليها دون أن يكون مقلدا لإمامه لا فى الحكم ولا فى الدليل[٣].

الثالث : من هو مجتهد فى مذهب انتسب إليه مقرر له بالدليل متقن لفتاويه لا يتعدى أقواله وفتاويه ولا يخالفها، وهذا شأن أكثر المصنفين فى المذاهب .. وهؤلاء لا يدعون الاجتهاد ولا يقرون بالتقليد.

الرابع : من تفقه فى المذهب وحفظ فتاويه وفروعه واقر على نفسه بالتقليد.

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٤ من ٢١٢ إلى ,٢١٤

(٢) وهذا ما يؤيد ما رجحناه من أن الاجتهاد يتجزأ وانه يصح ان يعمل الشخص باجتهاده فى بعض الأحكام ويقلد فيما ليس فيه اجتهاد.

(٣) وقال ان الحنفية اختلفوا فى أبى يوسف ومحمد وزفر كما اختلف الشافعية فى المزنى والمالكية فى أشهب وابن عبد الحكم والحنابلة فى أبى حامد: هل هؤلاء من القسم الاول المستقلين بالاجتهاد أم من هذا القسم. ثم رجح أنهم من النوع الأول.

ومع هذا فقد جعل رتبتهم دون رتبة الأئمة فى الاستقلال بالاجتهاد، وفوق هذه الرتبة بينما نجد ابن عابدين فى شرح رسالة رسم المفتى ضمن رسائل ابن عابدين جـ ١ مطبوع فى تركيا ص ١١ اعتبر الصاحبين وزفر من الفريق الثانى لأنهم كما يقول وإن خالفوا الإمام فى بعض أحكام الفروع فإنهم يقلدونه فى قواعد الأصول.

الفصل الثانى

مدى حجية الحكم الاجتهادى

المبحث الأول

من يلتزم به وأثر رجوع المجتهد عن رأيه

الحكم الاجتهادى إنما يلتزم به المجتهد ومن استفتاه:

ما يراه المجتهد باجتهاده ويطمئن إليه قلبه ليس بحجة بالنسبة لكافة المسلمين، إذ الواقعة التى ظهر حكمها بالاجتهاد لا مانع من أن تكون مجالا للاجتهاد فى كل زمن وبيئة، إذ الاجتهاد السابق لا يمنع من اجتهاد لاحق، واجتهاد المجتهد لا يمنع اجتهاد غيره، إذ الحكم الذى وصل إليه المجتهد مبنى على الظن لأنه لم يأت عن طريق نص قطعى أو حكم مجمع عليه، وإنما أساسه الأمارات التى نصبها الشارع للاهتداء بها، وهذا يختلف باختلاف عقول الباحثين وما يحيط بهم.

أما بالنسبة للمجتهد نفسه فإنه يجب عليه أن يعمل به ما دام لم يتغير رأيه فيه، لأنه هو الحكم الشرعى حسب ظنه، ولا يجوز له اتفاقا أن يتركه ويقلد مجتهدا آخر يخالفه فى حكم هذه المسألة، لأن أساس كل منهما غلبة الظن فلا ترجيح لأحدهما على الآخر(١).

---

(١) يقول الآمدى فى الاحكام جـ ٤ ص ٢٧٤ : «من حصلت له أهلية الاجتهاد بتمامها فى مسألة فإن اجتهد فيها وأدى اجتهاده إلى حكم فيها فقد اتفق الكل على أنه لا يجوز له تقليد غيره من المجتهدين فى خلاف ما أوجبه ظنه وترك ظنه» وجاء فى جمع الجوامع والجلال المحلى عليه جـ ٢ ص ٣٩٥ : «أما ظان الحكم باجتهاده فيحرم عليه التقليد لمخالفته وكذا المجتهد عند الأكثر لتمكنه من الاجتهاد ..».

وكذلك فإن حكم المجتهد فى مسألة يكون حجة ملزمة بالنسبة لمن يستفتيه فيها لأن مذهب المستفتى هو مذهب مفتيه فيلزمه اتباع قوله والأخذ بفتواه عند المحققين من الأصوليين(١).

والحكم الاجتهادى غير مقطوع بأنه حكم الشرع، وإنما هو ما غلب على ظن المجتهد أنه حكم الشرع، ولذا فإن الأصوليين يقولون أن المجتهد لا ينشئ حكما من عنده حتى لو كان الاجتهاد بالرأى، وإنما هو كاشف عنه فى ظنه باتباعه الأمارات التى نصبها الشارع للوصول إليه.

ومع هذا فهو بالنسبة للمستفتى حجة دون معرفته بالدليل، إذ هو له بمثابة الدليل بالنسبة للمجتهد، لأن النظر فى الأدلة ليس من شأنهم، إذ لا يترتب عليه أثر يغير الحكم الاجتهادى، وهم مأمورون بسؤال أهل الذكر واتباعهم. فهم مرجعهم فى الأحكام، لأن المجتهد لابد أن تستند أقواله إلى مأخذ شرعى عام أو خاص وإن لم يذكره لمن يستفتيه فى النوازل، وقد كان المجتهدون من الصحابة والتابعين كثيرا ما يفتون العامة من غير إبداء المستند. ويتبعون فى ذلك من غير نكير(٢). على أن هذا لا ينافى أن من أخذ الحكم الاجتهادى بدليله ومعرفة مأخذه ما دام يدركه أرقى مرتبة من غيره، ولذا خصه بعضهم باسم المتبع ولا يسميه مقلدا.

رجوع المجتهد عن رأيه وأثره :

١ ـ لو كان المجتهد يجتهد لنفسه فى أمر يخصه هو فغلب على ظنه حكم فيه ،عمل بمقتضاه ثم بدا له أن الصواب غير ذلك، لزمه أن ينقض ما بناه على

---

(١) الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٣٠٦ : «من ليس له أهلية الاجتهاد وإن كان محصلا لبعض العلوم المعتبرة فى الاجتهاد يلزمه اتباع قول المجتهدين والأخذ بفتواهم عند المحققين من الأصوليين، ومنع ذلك بعض المعتزلة، وقالوا : لا يجوز إلا بعد أن يتبين له صحة اجتهاده بدليله، وأباح الجبائى ذلك فى مسائل الاجتهادات دون غيرها كالعبادات والمختار إنما هو المذهب الأول ..»

(٢) الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ١٧٣ وقد عقد لذلك مبحثا خاصا تناول فيه فتاوى المجتهدين بالنسبة إلى العوام وقال إنها كالأدلة الشرعية.

الاجتهاد الأول، ويأخذ فى هذا الأمر نفسه بالرأى الجديد إذ قد تبين له فساد رأيه الأول(١).

٢ ـ أما إذا كان قد استفتاه شخص فأفتى بما أداه اجتهاده وعمل به المستفتى، ثم تغير اجتهاد هذا المجتهد إلى حكم آخر فإن المستفتى إذا لم يعلم به بقى على الحكم الذى أفتاه به فى هذه المسألة كلما تجددت(٢)، ولكن إذا علم بعدول المفتى وبرأيه الجديد بعد العمل لزمه أن يتبع الرأى الأخير فيما يجدُّ له ويبقى ما تم عمله سليما لا ينقض ولا يعتريه البطلان(٣)، أما إذا علم به المستفتى أثناء قيامه بالعمل لزمه العدول عنه إلى ما أدى إليه الاجتهاد الثانى(٤). كمن اتجه فى صلاته إلى جهة بناء على اجتهاد غيره ثم تغير اجتهاد ذلك الغير إلى جهة أخرى وأعلمه أثناء الصلاة فإنه يجب عليه أن يتحول إلى ما أدى إليه الاجتهاد الثانى ويتم الصلاة من غير إبطال لما أداه منها، بقى ما إذا علم بالرأى الجديد قبل العمل فهنا يحرم عليه العمل بالرأى الأول(٥).

(١) فلو كان قد اجتهد أولا وهداه اجتهاده إلى إجازة نكاح المرأة بلا ولى فتزوج من باشرت العقد بنفسها دون إذن وليها ثم تغير اجتهاده بعد ذلك ولم يتصل باجتهاده الأول حكم قضائى يثبته، فإنه يلزمه نقض اجتهاده الأول ومفارقة الزوجة ثم العقد عليها عن طريق وليها، وإلا كان مستديما لحل الاستمتاع بها على خلاف معتقده ، وكذلك لو اجتهد فأداه اجتهاده إلى أن مسح جزء من الرأس يحقق الغرض من الوضوء فعمل بمقتضى ذلك وصلى ثم تغير اجتهاده فرأى أنه لابد من مسح جميع الرأس وجب عليه أن يعيد الوضوء والصلاة.

(٢) فى حاشية العطار على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٩٢ «أما إذا لم يعلم المستفتى برجوعه فكأنه لم يرجع فى حقه».

(٣) وفى المرجع السابق «ولا ينقض معموله لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد».

(٤) وفى جمع الجوامع وشرحه جـ ٢ ص ٣٩٢ «ومن تغير اجتهاده بعد الإفتاء أعلم المستفتى بتغيره ليكف عن العمل إن لم يكن عمل» وهذا يفيد أن الحكم الجديد ليس له أثر رجعى بالنسبة للمستفتى لأنه كما يقول لا ينقض معموله ... إلخ.

بينما الآمدى فى الاحكام جـ ٤ ص ٢٧٤ يقول : إذا تغير اجتهاده وعلم به المستفتى بعد أن عمل بالحكم الأول اختلفوا هل يجب على المقلد اتباع الحكم الجديد فى نفس الواقعة. ورأى أن الحق نقض عمله السابق وقاسه على من قلد مجتهدا فى استقبال القبلة ثم تغير اجتهاده إلى جهة أخرى أثناء صلاة المقلد فإنه يجب عليه التحويل، واضح أن المقيس عليه هو أثناء العمل وكلامنا فيما بعد العمل فلا وجه لقياس الآمدى ما نحن فيه على مسألة القبلة.

(٥) يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين جـ ٤ ص ٢٢٢ . وعندى فى المسألة تفصيل فارجع إليه.

٣ ـ أما إذا كان المجتهد حاكما وحكم بمقتضى اجتهاده ثم تبين له خطأ اجتهاده واهتدى إلى رأى آخر، فإنه بالاتفاق لا يجوز نقض الحكم ما دام لم يخالف دليلا قاطعا(١) أو نصا أو قاعدة أو قياسا جليا، وذلك لمصلحة الحكم نفسه إذ لو نقض بتغيير اجتهاده أو باجتهاد حاكم آخر لما استقرت الأحكام، وإنما يقضى فيما يعرض عليه من أقضيات فى الموضوع نفسه بما أداه إليه اجتهاده الأخير، وقد حدث هذا لعمر بن الخطاب(٢) فقال: «ذلك على ما قضيناه وهذا على ما نقضى».

هذا والمحاكم عندنا غير ملزمة قانونا بالتقيد باجتهاد سابق ولا ملزمة باتباع اجتهاد المحكمة العليا وإن كانت تتقيد به غالبا، على أن المحاكم فى إنجلترا ـ كما أشرنا ـ ترى للاجتهاد أهمية كبرى وأن مصدر القضاء هو الاجتهادات السابقة التى تمثل فى الواقع أعرافهم.

---

(١) الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٢٧٣، والغزالى فى المستصفى جـ ٢ ص ٣٨٢ / ٣٨٣ حيث يقول: «وحكم الحاكم لا ينقض إلا إذا خالف نصا أو دليلا قاطعا أو قياسا جليا» ومثله فى جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٩١.

وفى التبصرة لابن فرحون جـ ١ ص ٥٥ / ٥٦ «إن حكم الحاكم لا يستقر فى أربع مواضع وينقض، وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلى أو القياس كما لو حكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد لمخالفته للإجماع .. وهكذا ... قال القرافى هذا إذا لم يكن لها معارض راجح عليها، أما إذا كان لها معارض فلا ينقض الحكم إذا كان وفق المعارض الراجح إجماعا كالقضاء بصحة عقد القراض والمساقاة فإنها على خلاف القواعد والنصوص والأقيسة ولكن أدلتها خاصة وهى مقدمة على القواعد والنصوص والأقيسة».

ثم عقد فصلا فى نقض القاضى أحكام نفسه وذلك إن ظهر له الخطأ وإن كان قد أصاب قول قائل ... فإن عزل أو مات بعد ما حكم به لم يكن لغيره فسخ شىء من أحكامه مما فيه اختلاف وإن كان وجها ضعيفا ...».

(٢) وقد عرضت عليه قضية وقائعها تتلخص فى أن امرأة ماتت عن زوجها وأمها وإخوتها لأمها وأخ شقيق. فقضى للزوج بالنصف وللأم بالسدس وللإخوة للأم بالثلث فرضا ولا شىء للأخ الشقيق لأنه عاصب ولم يبق له شىء، ولما عرضت عليه مسألة أخرى مماثلة وقال له الإخوة الأشقاء هب أن أبانا حجرا أليست أمنا واحدة؟ فقضى بإشراكهم مع الإخوة لأم فى الثلث مخالفا قضاءه الأول دون نقض له. راجع لنا الوصايا فى الفقه الإسلامى «القسم الأول وصية الله فى الميراث» وراجع التقرير والتحبير لابن أمير الحاج جـ ٣ ص ٣٣٥، وتيسير التحرير جـ ٤ ص ٢٣٤.

كما أن ما قرره الفقهاء فى موضوع نقض الحكم إذا خالف نصا أو قياسا جليا أو دليلا قاطعا أشبه بما يكون عليه العمل الآن من نقض[1] الأحكام إذا خالفت نصا من نصوص القانون.

هل يتصور أن يكون للمجتهد رأيان في المسألة:

قد يوجد فى المسألة دليلان متعارضان متساويان فى القوة، ويمكن أن يقول بكل واحد منهما قائل فحينما ينقل عن الفقيه القولان فى المسألة فهما ليسا بقولين له على الحقيقة وإنما يقصد أن يبين أن المسألة محتملة لكليهما، ويمكن أن يقال بواحد منهما، ولا يعتبر هذا فى الواقع قولا للمجتهد ولا حكما شرعيا بالمتناقضين أو المتباينين أو المتغايرين، وإنما هو تردد من هذا المجتهد فى الحكم، كما حدث من تردد الإمام الشافعى بالنسبة للبسملة هل هى آية من أول كل سورة أم لا فنسب له فى ذلك قولان. ومنه ما نقل عن أبى حنيفة والشافعى وأحمد بن حنبل أن لكل منهم قولين فى مسألة: هل كل مجتهد مصيب. أى نقل عنهم القول بالتصويب وبالتخطئة[2].

على أنه إذا لم يكن ذلك ترددا من الفقيه فإنه لابد أن يكون أحدهما ناسخا للآخر، فإن عرف القول المتأخر منهما زمنا كان هو الناسخ والمعتبر، وإلا إذا نص عليهما كذلك فى وقت واحد نبحث عن ترشيحه لأحدهما، وإلا فإننا نمتنع عن الأخذ بواحد منهما إذ قد يكون هو المنسوخ المعدول عنه أو المرجوح[3].

---

(١) وفكرة النقض عرفها القانون نتيجة لتعدد المحاكم، كما عرف الطعن فى الأحكام وكل هذا خروج على أصل حجية الأحكام التى تقضى أن يكون حكم القاضى حاسما للنزاع فلا يثار مرة أخرى أمام القضاء. راجع الأستاذ الدكتور أحمد مسلم فى أصول المرافعات سنة ١٩٥٧ «تعدد المحاكم وتدرجها».

(٢) راجع الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٣٣٣، نهاية السول على البيضاوى بهامش التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢١٧ «ونقل عن الأئمة الأربعة التخطئة أما القول الآخر له بأن كل مجتهد مصيب فقد حكاه عنه ابن الحاجب».

(٣) راجع الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٢٦٩ / ٢٧٣.

المبحث الثانى

هل المجتهد يصيب ويخطئ، وهل المخطئ آثم

أساس بحث هـذا الموضوع فى الواقع هو: هل لله سبحانه وتعـالى فى كل مسألة حكم قـد يصل إليه بعض الناس ولا يصل إليه البـعض الآخر. فيكون الحق الذى ينشده المجتهدون واحدا، ومن هداه إليـه اجتهاده قد أصاب الحق، أم الحكم فيما يسـوغ فيه الاجتهاد من الظنيـات هو ما يؤدى إليه اجتهاد كل مـجتهد، وعلى هذا فإن الحق الذى ينشده المجتهـدون متعدد، ويكون كل مجتهد مصيـبا فيما أدى إليه اجتهاده؟.

وبحثنا هنا فى هذه المسـألة إنما نقتصـر فيه على مسـائل الفروع(١) لأنها هى محل بحث الأصـوليين الفقـهاء أصالة، أما مـا يتعلق بالعقـائد والعقليات فـمحل

(١) الواقع أن حكم الله يجرى فى العقليات التى تدرك بالعقل كالعقائد كما يجرى فى مسائل الفقه الثابتة بنصـوص قطعيـة أو ظنية، وكـذلك يجرى فى الفـروع التى لم ينص على احكامـها. والاجتهاد بالاصطلاح الفقهى إنما يكون فى الظنيات، ولذا آثرنا ان نقصر كلامنا هنا عليها، أما بالنسبة للعقليات وما يتـعلق بالعقائد فهذه مجمع على أن لله فيها حكمـا معينا ومخالفه آثم أو كافر. ولم يخالف فى ذلك سوى الجاحظ وعبيد الله بن الحسن العنبرى، فأما الجاحظ فإنه وإن كان مع جمهور المسلمين جميـعا من أهل السنة و المعتزلة فى أن الحق فى العقائد واحد وأن من وافقه فهو المصيب، ومن لم يهتد إليه فهو المخطئ إلا أنه يرى أن المخطئ هنا لا إثم عليه ما دام غير معاند لأنه بذل اقصى مجهوده، واستدل بقول الله تعالى ﴿لا يكلف الله نفسا إلى وسعها﴾ والمجتهد هنا قد أفـرغ وسعه لكنه عجز عن إدراك الحق. وهذا الرأى مع مخالفـته للإجماع فإنه محل نظر وله شبهة.

وأما عبيد الله العنبرى فإنه سلك مـسلكا آخر خالف به الجميع إذ يقول : إن الحق حتى فى العقائد غير متعين، وأنه يتعدد. وهو ما يصل إليه كل مجتهد باجتهاده فيكون كل مجتهد حتى فى العقليات والعقائد مصيـبا، ويكون حكم الله هو ما أدى إليه كل اجتهاد، وهذا الرأى ـ كما يبـدو ـ غريـب، راجع الآمدى جـ ٤ ص ٢٣٩ وراجع مـنتهى السـول جـ ٣ ص ٣١٤، جـمع الجوامع لابن السبكى جـ ٢ ص ٣٨٩.

وأما بالنسبة لما ثبت بدليل قطعى من المسائل الفقهـية كوجوب الصلوات الخمس فالحق فيها واحد والمخالف فيه آثم إن كان فيما علم قطعا بطريق النظر كالأحكام المعلومة بالإجماع، وكافر إن كان فـيما علم من الدين بالضـرورة من مقصود الشـارع، وهذا ليس موضع اجتـهاد بالمعنى الأصولى. راجع جـمع الجوامع وشرحه لجـلال المحلى جـ ٢ ص ٣٨٩، وفى الآمدى جـ ٢ ص ٢٤٧. وإن كان فى المسألـة نص فإن قصر فى طلبه فـهو مخطئ آثم وإن لم يقصـر لكن تعذر عليه الوصول إليه لبعد المسافة أو لخفاء الراوى له وعدم تبليغه فلا إثم عليه.

دراسته أصلا هو علم الكلام، وعلى ذلك فنقول إن فى هذه المسألة مذهبين للأصوليين نعرضهما ونذكر أدلتهما بكل إيجاز.

مذهب المعتزلة :

يرى المعتزلة أن حكم الله فى المسألة الاجتهادية هو ما اهتدى إليه المجتهد باجتهاده، وليس لله فيه حكم معين من قبل، وهذا يفيد أن الحق متعدد وأن كل مجتهد مصيب، ولذا فإنهم يسمون بالمصوبة واستدلوا بالآتى:

١ - إن تحرى القبلة عند عدم معرفتها تتأدى معه الصلاة حتى ولو اختلفت جهاتها اتفاقا. فهذا يدل على تعدد الحق وأن كل مجتهد مصيب، فكذلك سائر الأحكام.

٢ - المجتهد مكلف بإصابة الحق بمقتضى قول الله تعالى : **﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾** ولو لم يكن مكلفا بذلك لكان عبثا والتكليف بما ليس فى وسع الإنسان ممنوع بقول الله تعالى : **﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾** فلزم أن يكون حكم الله هو ما يصل إليه كل مجتهد، وعلى هذا فالحق متعدد وكل مجتهد مصيب.

مذهب أهل السنة :

يرى أهل السنة - وهم يكوّنون جمهور المسلمين - أن لله تعالى فى كل مسألة اجتهادية حكما معينا، وبناء عليه يكون الحق فى المسألة واحدا، من هداه اجتهاده إليه فقد أصاب، ومن لم يوفق فى اجتهاده إليه فهو غير مصيب. وبنوا على هذا أن المجتهد يخطئ ويصيب، ولذا فإنهم يسمون بالمخطئة[1] واستدلوا بالآتى :

---

(١) وقال فريق من أهل السنة أن المخطئ فى الاجتهاد مخطئ ابتداء بالنظر إلى الدليل وانتهاء بالنظر إلى الحكم لقوله تعالى فيما قاله الصحابة بشأن أسرى بدر وقد رأوا أخذ الفداء منهم وخالفهم عمر «لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم» ولو كانوا مصيبين من وجه لما استحقوا العذاب.

وقال آخرون أن المخطئ فى الاجتهاد يكون خطؤه انتهاء فقط بالنظر إلى الحكم أما بالنظر إلى الدليل فى الابتداء فمصيب إذ لو كان الخطأ فيهما لما قال الله ﴿وكلا آتينا حكما وعلما﴾ مع أن داود قد أخطأ الحكم فلو كان مخطئا ابتداء أيضا لما وصف بأنه ﴿أوتى حكما وعلما﴾ كما أن السنة جاءت بأن المخطئ له نصف أجر المصيب فلابد أنه قد أصاب الدليل. وفى هذا يقول أبو حنيفة «كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد».

١ ـ قال الله تعالى : ﴿ وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين * ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما ﴾ فخصَّ الله سليمان بالفهم وإصابة الحكم فى القضية المعروضة عليه وعلى أبيه داود، مع أنه قال بالنسبة لهما معا ﴿ وكلا آتينا حكما وعلما ﴾ ولو كان كل واحد منهما مصيبا لما كان هناك معنى لتخصيص سليمان بالفهم دون أبيه لأن الضمير فى فهمناها للواحدة أى فهمنا سليمان الحكومة. ولذا فإن داود قال لابنه : «القضاء ما قضيتَ»[1].

٢ ـ الأحاديث الكثيرة التى تعددت طرقها، وأدى معناها إلى أن المجتهد قد يصيب وقد يخطئ، ومنها « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر »، وقوله : «جعل الله للمصيب عشر حسنات وللمخطئ حسنة » فهى وما فى معناها تدل فى مجموعها على أن المجتهد قد يخطئ، كما تدل على أن المخطئ هنا غير آثم بل مأجور على ما بذل.

٣ ـ كما أنه قد أثر عن الصحابة والتابعين والأئمة أنهم اجتهدوا واختلفوا، وكان كل منهم يقول إن كان صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمنى وأستغفر الله أو ما فى هذا المعنى[2] مما يفيد إجماعهم على أن الحق من أقاويلهم ليس إلا واحدا.

---

(١) وأصل الموضوع أن رجلين كان لأحدهما زرع، وكان للآخر غنم، فانفلتت الغنم ليلا وأتلفت الحرث «الزرع» فاختصما إلى داود فحكم بالغنم لصاحب الحرث، وبالحرث لصاحب الغنم، وكان سليمان بن داود حاضرا فرأى أن ينتفع صاحب الحرث بما تنتجه الغنم فترة يصلح فيها صاحب الغنم الحرث ثم يترادا.

(٢) ومنه ما نقله الآمدى فى الأحكام جـ ٢ ص ٢٥١ ومنه قول أبى بكر فى الكلالة : «أقول فيها برأيى فإن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان» وما قاله عمر : «إن عمر لا يدرى أنه أصاب الحق لكنه لم يأل جهدا» ومنه قول على لعمر وقد استحضر امرأة حاملا فأجهضت وقال له عثمان وعبد الرحمن بن عوف إنما أنت مؤدب لا نرى عليك شيئا، فقال على : إن كانا قد اجتهدا فقد أخطآ وإن لم يجتهدا فقد غشاك أرى عليك الدية.

والحق أنه وإن كان لكل فريق وجهة نظر قوية معتبرة إلا أننا نرى أن الموضوع برمته بحثه نظرى صرف لا أثر له إلا من حيث التسمية والاعتبارات، ونحن مع هذا نشعر فى نظام الحياة ومجرياتها أن العقلاء وذوى الرأى والتفكير السليم يخالف بعضهم بعضا، ونشعر بأن بعض المتخالفين على صواب، وإن كنا لا نلوم المخطئ إذا تحرى الصواب فأخطأه، بل إننا قد نشكره على ما بذل من مجهود.

وعلى كل فالحق يعلمه الله والاجتهادات الفقهية على اختلافها الكثير نسبتها جميعا إلى الشريعة صحيحة معتبرة. وإن كانت متفاوتة فى درجة قربها من الصواب ومسايرتها لحكمة التشريع.

هل المجتهد المخطئ آثم :

وعلى كل فإن المخطئ فى الأحكام الشرعية التى يسوغ فيها الاجتهاد اتفق أهل الحق من المسلمين على أن الإثم محطوط عنهم، لأن المجتهد قد بذل جهده وأفرغ وسعه ولم يقصر فى بحثه واجتهاده بالقدر الذى أعطاه الله له من الفهم والإدراك، ولو كانت هذه المسائل الاجتهادية نازلة منزلة الأحكام القطعية كتحريم الزنا والقتل ووجوب العبادات الخمس لبالغ الصحابة والتابعون والأئمة على تأثيم المجتهد الذى ينكرون قوله. وهو ما لم ينقل عن أحد منهم.

وخالفه فى ذلك بشر المريسى وابن عُلَيَّة وأبو بكر الأصم والظاهرية والإمامية من نفاة القياس[1].

وقالوا إن المجتهد إذا أخطأ فهو آثم وحسابه عند الله.

والواقع أن أهل السنة بعد أن اتفقوا على أن الحق واحد، قال جمهورهم إن

---

(١) راجع الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٢٤٤ وفيه ذكر الأدلة على القولين.

حكم الله فيما يسوغ فيه الاجـتهاد قامت عليه الأدلة الظنية[١] والمجتهد غير مكلف بإصابتـه لخفـائه، ومن أصابه فله أجـران ومن أخطأه فله أجر واحـد. ثم اختلف هؤلاء فى المخطئ هل هو مخطئ فى إصابة الحـكم وفى النظر إلى ما يدل عليه أم هو مصيب ابتداء بالنظر إلى الدليل ومخطئ انتهاء بالنظر إلى الحكم[٢].

أما نفاة القياس ومن معهم فـقالوا إن الحكم الاجتهادى قام عليه دليل قطعى وقد كلف المجتهد بإصابته، وقال بعضهم إن لم يدركه فهو آثم.

وهو بحث كسابقه نظرى بل هذا أبعد من سابقه ولا أثر له فى الحياة العملية وعلمه عند الله فهو الذى يثيب أو يعاقب فى الآخرة.

---

(١) ومنهم من قال إنها لم يقم عليها أى دليل ومن ظفـر به فهو كمن ظفر على كنز دفين وهذا له أجران ومن لم يظفر به يستحق أجرا على كده وتعبه.

(٢) وهذا ما أثاره صدر الشريعة فى كتابه التوضيح والتلويح جـ ٣ ص ٦٤.

الفصل الثالث
التقليد والتلفيق

المبحث الأول
التقليد وحكمه وهل يلتزم المقلد رأي من قلده ومذهبه

معنى التقليد والفرق بينه وبين الاتباع:

التقليد : هو العمل بقول من ليس قوله إحدى الحجج الشرعية، بلاحجة منها[1] . أو هو قبول قول بلا حجة كما يقول الغزالى وابن السبكى[2] . أو هو العمل بقول الغير من غير حجة ملزمة كأخذ العامى بقول العامى، وأخذ المجتهد بقول مجتهد مثله كما يقول الآمدى[3].

وعلى هذا فليس من التقليد عند الآمدى الرجوع إلى النبى وإلى الإجماع لأن كلا منهما حجة شرعية ومصدر، وليس منه أيضا عمل العامى بقول المفتى، وعمل القاضى بقول العدول لأن النص قد أمر العامى بأن يأخذ بقول المفتى، والقاضى أن يأخذ بقول العدول، فلا يسمى أحد هؤلاء مقلدا لأن المجتهد إنما يتبع ما قام عنده بحجة، وغيره يكون قول المجتهد الذى يأخذ عنه حجة بمنزلة الدليل بالنسبة له، فلو جاز تسمية العامى مع هذا مقلدا لجاز تسمية المجتهد مقلدا أيضا، أما إذا تعارف الناس على تسمية هذا تقليدا فهو اصطلاح ولا مشاحة فى اللفظ[4]. وأما حقيقة التقليد فهى أن يرجع المجتهد إلى مثله والعامى إلى مثله.

---

(١) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٤٠ ,

(٢) المستصفى للغزالى جـ ٢ ص ٣٨٧، وجمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٩٣.

(٣) فى الأحكام جـ ٤ ص ٤٩٧.

(٤) الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٣٩٨.

فأخذ الحكم مع معرفة دليله وإن وافق قول مجتهد به فإنه اتباع لا تقليد إذ هو فى الحقيقة أخذ من الدليل لا من المجتهد[١]، لأن معرفة الدليل تتطلب نوع اجتهاد يتوقف على معرفة سلامة الدليل من المعارض، فالاتباع كما ينقل لنا ابن القيم[٢] : «ما ثبت عليه حجة والمتبع كل من أوجب الدليل عليه اتباع قول غيره».

حكم التقليد :

قلنا أن المجتهد لا يجوز له اتفاقا مخالفة ما وصل إليه باجتهاده تقليد غيره فيه، بل يحرم عليه ذلك[٣]. أما إذا كانت مسألة لم يسبق فيها اجتهاد وقد اجتهد غيره فيها فهل يجوز له أن يقلد من اجتهد أم يلزمه أن يجتهد هو فيها؟ المختار أنه يحرم عليه التقليد فيها ويجب عليه الاجتهاد لتمكنه منه فيها، ولأن الاجتهاد هو الأصل ولا يجوز العدول عن الأصل الممكن إلى بدله[٤]. ولأن المجتهد مأمور بالاعتبار بقوله تعالى : ﴿**فاعتبروا يا أولى الأبصار**﴾[٥] ولا يلزم من جواز التقليد فى حق العامى العاجز عن التوصل إلى تحصيل مطلوبه من الحكم جواز ذلك فى حق من له أهلية التوصل إليه وهو قادر

(١) العطار على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٩٤.

(٢) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٧٨. هذا وقد روى أنه كان مالك وعبد العزيز بن أبى سلمة ومحمد بن إبراهيم بن دينار وغيرهم يختلفون إلى أبى بكر بن هرمز فكان إذا سأله مالك وعبد العزيز أجابهما، وإذا سأله ابن دينار لا يجيبه فتعرض له ابن دينار يوما فقال له : يا أبا بكر يسألك مالك وعبد العزيز فتجيبهما، وأسألك أنا فلا تجيبنى؟! فقال : إنى قد كبرت سنى ودق عظمى وأنا أخاف أن يكون خالطنى فى عقلى مثل الذى خالطنى فى بدنى، ومالك وعبد العزيز عالمان فقيهان إذا سمعا منى حقا قبلاه وإن سمعا خطأ تركاه وأنت ما أجبتك به قبلته».

(٣) ابن السبكى جـ ٢ ص ٣٩٥ «أما ظان الحكم باجتهاده فيحرم عليه التقليد لمخالفته به لوجوب اتباع اجتهاده» وراجع الآمدى جـ ٢ ص ٩٥.

(٤) ابن السبكى جـ ٢ ص ٩٥.

(٥) نهاية السول جـ ٣ ص ٣٣٦.

عليه[١]، وهناك أقوال أخرى ذكرها الآمدى وابن الحاجب وأشار إليها الأسنوى[٢].

أما من لم يبلغ مرتبة الاجتهاد سواء أكان عاميا محضا أو ترقى عن رتبة العامة بتحصيل بعض العلوم المعتبرة فى رتبة الاجتهاد فهل يجوز له الاستفتاء والتقليد؟ الواقع أنهم فرقوا بين مسائل الفروع وبين مسائل أصول الدين من العقائد على الوجه الآتى:

التقليد فى مسائل الفروع :

واختلفوا فى مسائل الفروع على ثلاثة مذاهب أصحها عند المحققين من الأصوليين أنه يلزمه اتباع قول المجتهد والأخذ بفتواه[٣] لقول الله تعالى : ﴿**فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون**﴾ ولأن غير المجتهدين لو كانوا مكلفين بالاجتهاد لأدى ذلك إلى تفويت معايشهم وتعطيل الصنائع والحرف لتفرغهم للاجتهاد وخاصة أن مسائل الفروع كثيرة متعددة متجددة بخلاف مسائل أصول الدين، ولابد للعامة وغير المتخصصين من معرفة أحكام الفروع، كما أن العامة ومن ليس لهم القدرة على الاجتهاد كانوا يستفتون المجتهدين ويتبعونهم فى الأحكام الشرعية فى زمن الصحابة والتابعين دون نكير منهم بل كانوا يسارعون

---

(١) الآمدى جـ ٤ ص ٢٧٨.

(٢) الآمدى جـ ٤ ص٢٧٥، ابن الحاجب جـ ٢ ص ٣٩٥، نهاية السول بهامش التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٣٦ حيث نقلها ملخصة فيقول : «حكى الآمدى وابن الحاجب سبعة وجوه: الأول هو المختار - وقد ذكرناه فى الصلب. الثانى جواز التقليد فيها مطلقا وهو مذهب أحمد. الثالث يجوز فيما يخصه دون ما يفتى به. الرابع يجوز فيما يخصه عند مخافة فوات وقته لو اشتغل بالاجتهاد. الخامس يجوز تقليد من هو أعلم منه فيها وهو رأى محمد بن الحسن. والسادس يجوز تقليد الصحابى فقط فيها بشرط أن يكون أرجح فى نظره من باقيهم وهو رأى الشافعى. السابع يجوز تقليد الصحابى والتابعى فيها دون غيرهما. الثامن يجوز تقليد الأعلم أيّا كان بشرط تعذر الاجتهاد، وهذا الأخير قد ذكره الآمدى دون ابن الحاجب.

(٣) الآمدى جـ ٤ ص ٣٠٦، ابن الحاجب جـ ٢ ص ٣٩٤ نهاية السول جـ ٣ ص ٣٣٤، المستصفى للغزالى جـ ٢ ص ٣٨٩. وقيل لا يجوز التقليد بل يجب التعرف على الدليل وأن يطمئن إلى صحة الحكم بدليله وهو قول بعض المعتزلة. وقيل يجوز التقليد فى المسائل الاجتهادية دون الأحكام التى ثبتت بالنص وهو قول الجبائى.

بإجابتهم من غير إشارة إلى ذكر الدليل فى كثير من المسائل، كما أنهم قالوا إن المجتهد بالنسبة للعامى ومن فى حكمه كالدليل بالنسبة للمجتهد[١].

التقليد فى مسائل الأصول :

أما فيما يتعلق بمسائل الأصول المتعلقة بالعقائد من وجود الله وما يجوز عليه ومالا يجوز وما إلى ذلك فإن أكثر الأصوليين على أنه لا يجوز التقليد فيها بل يجب النظر فى الدليل الإجمالى حتى بالنسبة للعوام[٢]، وليس فى هذا ما يشغلهم عن معاشهم كما قلنا بالنسبة لمسائل الفروع؛ لأن مسائل الأصول محدودة وأدلتها إجمالية كما أنها غير متجددة. ولأن الناس مأمورون فى مسائل أصول الدين بتحصيل العلم اليقينى وهو المأخوذ عن الدليل دون التقليد الذى لا يفيد إلا ظنا. ويدل على وجوب النظر فى مسائل أصول الدين أنه لما نزل قول تعالى : ﴿**إن فى خلق السموات والأرض...**﴾ قال عليه السلام: «ويل لمن لاكها بين لحييه ولم يتفكر فيها»[٣]، كما أن الأصل فى التقليد أنه مذموم شرعا فلا يكون جائزا، وما ذكرناه فى مسائل الفروع خروج عن الأصل وبيان ذم التقليد قوله تعالى حكاية عن قوم : ﴿**إنا وجدنا آباءنا على أمة وإنا على آثارهم مقتدون**﴾[٤].

هذا وقد أفاض ابن القيم فى ذم التقليد وفساده وقال[٥] : إن التقليد منه ما يجب المصير إليه، ومنه ما يسوغ من غير إيجاب. ومنه ما يحرم القول فيه، وهذا

---

(١) راجع الشاطبى فى الموافقات جـ ٤ ص ٢٩٢ والمستصفى جـ ٢ ص ٣٦١ .

(٢) وفى الشربينى على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٤٠٣ «إن العوام غير مقلدين هنا لنظرهم فى الدليل الإجمالى» وذهب العنبرى ومن تابعه إلى جوازه. بل قال بعضهم إنه واجب والنظر فيه حرام. راجع ابن السبكى وشرحه جـ ٢ ص ٤٠٥، والآمدى جـ ٤ ص ٣٠٠، والمستصفى للغزالى جـ ٢ ص ٣٨٧ .

(٣) الآمدى جـ ٤ ص ٣٠٠، جمع الجوامع وشرحه جـ ٢ ص ٤٠٤.

(٤) راجع الآمدى جـ ٤ ص ٣٠١.

(٥) إعلام الموقعين جـ ص ١٦٨ وقد بحث هذا الموضوع وأسهب فى مناقشته من ص ١٦٨ إلى ص ٢٦٠.

ثلاثة أنواع: الإعراض عما أنزل الله اكتفاء بتقليد الآباء. والثانى تقليد من لا يعلم المقلد أنه أهل للأخذ بقـوله، الثالث التقليد بعـد قيام الحجة عـلى خلاف قول من يريد أن يأخذ برأيه، ثم قال[1] : إن التقليد مذموم، ولا خلاف بين أئمة الأمصار على فساد التـقليد، وأنهم نهوا عن تقليدهم وذمـوا من أخذ أقوالهم بغيـر حجة، فقال الشافعى : «مثل الذى يطلب العلم بلا حجـة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب فـيه أفـعى تلدغه وهو لا يـدرى» ولعل هذا بالنسبـة لمن يسـتطيع النظر فى الدليل.

هل يأخذ المقلد برأى أى مجتهد ؟ :

القائلون بـأن العامى ومن فى حكمه يـلزمه اتباع المجـتهدين واسـتفـتاؤهم اتفقوا على جـواز استفتـاء من هو معروف له بالاجتهـاد وعدم استفـتاء من عرف بالجهل، لكنهم اختلفوا فى جواز استفتاء من لا يعرفه. والجمهور على عدم الجواز لاحتمال أن يكون غيـر عالم وغير مجتهد، وقال قـوم: يجوز وليس عليه البحث، وهذا كما يقـول الغزالى[2] «فاسـد لأن كل من وجب عليه قبـول قول غيـره لزمه معرفـة حاله، فيجب على الأئمة معـرفة حال الرسول ووجب على الحاكم مـعرفة حال الشاهد فى العدالة، وعلى المجـتهد معرفة حال الراوى، وعلى الرعـية معرفة حال الإمـام والحاكم. ثم قال : ويكفى لتـعرف المستـفتى حال المفـتى بغالب الظن الحاصل بقول عدل أو عدلين».

وإذا كانت البلد التى هو بهـا لا يوجد فيها إلا مـفت واحد، وجب الرجوع إليه، وإن تعددوا وتفـاضلوا فهل يتخير الأفضل أم يسـأل أى واحد منهم ولو كان مفضولا؟ اختلفـوا: قال الحنفية والمالكية وأكثر الشافعـية وأحمد فى رواية وطائفة كبيرة من الفقهاء[3] لزمه أن يجتهد ليتخير أكثرهم ورعا ودينا[4] لأن المجتهد بالنسبة

(١) إعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٨٠، ١٨٢.

(٢) المستـصفى جـ ٢ ص ٣٩٠، الآمدى جـ ٤ ص ٣١١، نهاية السول جـ ٣ ص ٣٤٧، التـقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٤٥ .

(٣) راجع التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٤٩ ـ راجع الموافقات للشاطبى ص ٧٢.

(٤) وهو مذهب أحمد وابن سريج والقفال من أصحاب الشافعى. راجع الآمدى جـ ٤ ص ٣١٧ .

للعامى كالأدلة بالنسبة للمجتهد فيجب عليه الترجيح بينهم كما يجب على المجتهد الترجيح بين الأدلة، ويمكن أن يتخير بينهما بطريق التسامع والشهرة.

وقال جماعة من الفقهاء الأصوليين: يسأل أيهم شاء دون أن يلزمه البحث عن الأفضل حتى مع وجود التفاضل بينهم، أى يجوز تقليد المفضول مع وجود الأفضل[١]، لأن الصحابة كان فيهم الفاضل والمفضول من المجتهدين، ومع هذا لم ينقل عن أحد من الصحابة والسلف تكليف العوام الاجتهاد فى أعيان المجتهدين، ولا أنكر أحد منهم اتباع المفضول مع وجود الأفضل.

ونقل ابن السبكى وابن أمير الحاج رأيا ثالثا هو جواز اتباع من يعتقد أنه أفضل أو مساو، واختار ابن السبكى هذا الرأى، ثم قال: «فلا يجب البحث عن الأرجح؛ لأن الترجيح بالأفضلية فى اعتقاد المقلد وإن لم يثبت عنده بأمارة»[٢].

هل يتقيد المقلد بواحد ممن قلد:

إذا اتبع العامى بعض المجتهدين فى حكم حادثة وعمل بقوله فيها فإنه بالاتفاق[٣] ليس له الرجوع عنه إلى رأى آخر[٤] فى نفس الواقعة التى استفتى

(١) يقول ابن أمير الحاج فى التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٤٩ وفى أصول ابن مفلح: يجوز تقليد المفضول عند أكثر أصحابنا كالقاضى وأبى الخطاب وصاحب الروضة، ويقول الجلال المحلى فى شرحه على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٩٦ أن ابن الحاجب قد رجح هذا الرأى - وقد رجحه الآمدى فقط لدليل الإجماع ولذا يقول فى الأحكام جـ ٤ ص ٢١٨: «ولولا إجماع الصحابة على ذلك لكان قول الخصوم أولى» ويبدو من كلامه أنه يرجح القول بعدم الجواز، وينقل الغزالى فى المستصفى جـ ٢ ص ٣٩١: أما إذا كان أحدهما أفضل وأعلم فى اعتقاده اختار القاضى أنه يتخير أيضا لأن المفضول أيضا من أهل الاجتهاد إذا انفرد، فكذلك لو كان معه غيره فزيادة الفضل لا تؤثر - ثم قال - والأولى عندى أنه يلزمه اتباع الأفضل.

(٢) جمع الجوامع جزء ٢ ص ٣٩٦ والتقرير جـ ٣ ص ٣٤٩.

(٣) وفى التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٥٠ «قال الزركشى: وفى كلام بعض الأصوليين ما يقتضى جريان الخلاف بعد العمل أيضا» ثم قال: وكيف يمتنع إذا اعتقد صحته.

(٤) ونقل ابن أمير الحاج فى جمع الجوامع جـ ٢ ص ٤٠٠ «قيل يلزمه العمل به بمجرد الإفتاء وقيل بالشروع فى العمل وقيل يلزمه إن التزمه، وقال السمعانى: يلزمه إن وقع فى نفسه صحته، وقال ابن الصلاح: يلزمه إن لم يوجد مفت آخر ... والأصح جوازه».

فيها، لا في غيرها ولا فيما يماثلها لأنه كما لم يجز للمجتهد نقض ما أمضاه فكذا لا يجوز للمقلد لأن اتصال الإمضاء بمنزلة اتصال القضاء واتصال القضاء يمنع النقض فكذا اتصال الإمضاء[١].

أما في غيرها من المسائل فالحق أنه يجوز لما قلنا من أنه يجوز للمقلد أن يقلد من يشاء، ولأنه لم ينقل عن أحد من السلف الحجر على العامة في ذلك لأن كل مسألة لها حكم نفسها. فكما لم يتعين الأول إلا بعد سؤاله فكذلك في المسألة الأخرى وهو المختار[٢].

هل يجب أن يتقيد بمذهب معين :

أما إذا عين العامي لنفسه مذهبا انتسب إليه والتزمه مع أن هذا لا يلزم في الراجح وهو رأي الجمهور[٣]، فإنه قيل لا يصح له الرجوع عنه لأنه التزمه وإن لم يجب التزامه قبل ذلك، وقاسوه على من أخذ بقول إمام في مسألة واتصل عمله بها، وقيل لا يجوز فيما عمل به ويجوز في غيره، قال ابن السبكي: وهو الأعدل، قال الكمال بن الهمام: هو الغالب على الظن[٤]، وقيل يجوز إذا التزام ما لا يلزم غير ملزم، ولا واجب بالاتباع إلا ما أوجبه الله ورسوله وما أمرنا الله أن نتعبد على مذهب أحد. على أن التمذهب بمذهب إنما يكون لمن له نوع نظر واستدلال أو لمن قرأ كتابا في فروع هذا المذهب وفتاوى إمامه، وقال ابن حزم : «اجمعوا على أنه لا يحل لحاكم ولا مفت تقليد رجل فلا يحكم ولا يفتي إلا بقوله»[٥].

---

(١) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٥٣ .

(٢) الأحكام للآمدي جـ ٤ ص ٣١٨، نهاية السول جـ ٢ ص ٣٤٩، التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٥٠ .

(٣) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٤٥ وفي جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٠١ «يجب على العامي وغيره من لم يبلغ رتبة الاجتهاد التزام مذهب معين من مذاهب المجتهدين يعتقد رجحانه».

(٤) التقرير على التحرير جـ ٣ ص ٣٥٠، نهاية السول جـ ٣ ص ٣٥٠ .

(٥) التقرير في الموضع السابق.

والمختار أن العامى إذا اتبع مذهبا فى مسألة جار له أن يرجع إلى مذهب آخر فى مسألة أخرى بشرط أن لا تكون المسألة متصلة بالأولى . ويقول الإمام صلاح الدين العلافى : «والذى صرح به الفقهاء فى مشهور كتبهم جواز الانتقال فى آحاد المسائل والعمل فيها بخلاف مذهب إمامه الذى يقلد مذهبه إذا لم يكن ذلك على وجه تتبع الرخص»(١).

واشترط الرويانى لجواز تقليد المذاهب والانتقال إليها أن لا يجمع بينها على صورة تخالف الإجماع، وأن يعتقد فيمن يقلده الفضل وينشرح صدره له، وألاَّ يتتبع الرخص فى المذاهب(٢).

---

(١) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٥١ .

(٢) المرجع السابق جـ ٣ ص ٣٥٢ , ولم يشترط ابن دقيق العيد عدم تتبع الرخص واشترط بدله الأ يكون ما قلد فيه مما ينقض فيه الحكم لو وقع. واكتفى عز الدين بن عبد السلام على اشتراط ذلك فقط .

المبحث الثانى

تلفيق الأحكام وتتبع الرخص

رأى الفقهاء فى التلفيق وتتبع الرخص :

قلنا أن المختار هو جواز أن يأخذ المقلد مسألة عن مجتهد وأخرى عن مجتهد آخر، وأنه يجوز أن يأخذ من مذهب بعض المسائل ومن آخر بعضها. وأما المسألة الواحدة فهل يجوز أخذ جميع الأحكام المتعلقة بوسائلها ومقدماتها من مذاهب وآراء مختلفة مما يسمى تلفيقا للحكم؟ اختار بعض العلماء أن التقليد المؤدى إلى هذا غير جائز لأنه يشترط لصحته والأخذ به الا يوقع المقلد فى أمر يعتبر باطلا على المذهب الأول وباطلا على المذهب الآخر[1]؛ لأن تقليد مذهب الغير شرط فيه الا يكون موقعا فى أمر يجتمع على إبطاله الإمام الذى كان على مذهبه والإمام الذى انتقل إليه[2].

فالتلفيق إن كان فى جزئيات المسائل فإنه جائز وإن كان فى أجزاء الحكم الواحد فهو المقصود بالمنع[3]. ومع هذا فيقول ابن أمير الحاج الحنفى[4] وليس بضائر على المكلف أن يتبع الرخص كيفما كان.

فمن عقد زواجه دون صداق مقلدا الشافعية، ودون شهود مقلدا المالكية مع توافر الإشهار فإن عقده صحيح إذ لم يقل مالك إن نكاح من قلد الشافعى فى عدم الصداق باطل وإلا لزم أن تكون أنكحة الشافعية عنده باطلة، ولم يقل الشافعى إن من قلد مالكا فى عدم الشهود أن نكاحه باطل وإلا لزم أن تكون أنكحة المالكية بلا شهود عنده باطلة، كما يقول الكمال بن الهمام الحنفى: «إن المنع مع التقليد إذا أدى إلى مجموع لم يقل به أحد هو قول لمتأخر».

---

(١) كمن توضأ ومسح بعض شعيرات من رأسه على المذهب الشافعى ثم لمس امرأة دون شهوة أخذا بمذهب مالك وصلى فإن صلاته تبطل.

(٢) نهاية السول جـ ٣ ص ٣٥٠.

(٣) العطار على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٤٠٣.

(٤) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٥٢.

وتتبع الرخص إنما يقصد به هنا الأخذ من كل مذهب ما هو الأهون فيما يقع من المسائل، وهذه هي التي محل خلاف، أما تتبع الرخص بمعنى ما ينقض به حكم الحاكم من مخالف النص وجلي القياس فهو ممنوع اتفاقا[١]

ولما كانت مسألة تتبع الرخص من المسائل ذات الشأن الخطير في المجتمع وعند الفقهاء أنفسهم رأينا أن نبين أقوال الفقهاء فيها ثم نُعَقِّب بما نراه في شأنها بالنسبة للفرد والمجتمع فنقول إن هذه المسألة يختلف فيها الفقهاء إلى ثلاث فرق:

الأول المانعون، الثاني المجيزون إلى حد، الثالث المجيزون دون توقف عند حد.

أولا ـ المانعون :

يقول الغزالي[٢] : وليس للعامي أن ينتقي من المذاهب في كل مسألة أطيبها عنده فيتوسع، بل هذا الترجيح عنده كترجيح الدليلين المتعارضين عند المفتي؛ ولذا فإنه يجب أن يتبع ظنه في الترجيح فلا يقتصر على ملاحظة التخفيف بتتبع الرخص.

وينقل الجلال المحلي الشافعي في شرحه[٣] والشاطبي المالكي[٤] أن ابن حزم قال : إن الإجماع على منع تتبع الرخص وأنه فسق لا يحل.

وينقل ابن أمير الحاج الحنفي [٥] أن ابن عبد الله قال : لا يجوز للعامي تتبع الرخص إجماعا، ويقول الشاطبي[٦]. وليس تتبع الرخص واختيار الأقوال بالتشهي إلا ميل مع أهواء النفوس، والشرع جاء بالنهي عن اتباع الهوى والغرض، وقال إن اتباع الرخص فيه من المفاسد ما فيه مثل الانسلاخ من الدين بترك اتباع الدليل إلى اتباع الخلاف، والاستهانة بالدين، وإفضائه إلى أقوال خارقة للإجماع.

(١) التقرير والتحبير جـ ٢ ص ٣٥١.

(٢) المستصفى جـ ٢ ص ٣٩١.

(٣) على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٢ ٤ .

(٤) الموافقات جـ ٤ ص ٧٣.

(٥) في التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٥١.

(٦) الموافقات جـ ٤ ص ص ٨١.

ويقول ابن السبكى الشافعى[١] والأصح أنه يمتنع تتبع الرخص فى المذاهب، وهذا يدل على أن هناك رأيا بجواز تتبعها لكن ما ذكره هو الأصح.

ثانيا - المجيزون بشرط :

يقول الجلال المحلى[٢] أما الشافعية فقد قال العز بن عبد السلام فى فتاويه «إن الناس من لدن الصحابة إلى أن ظهرت المذاهب يسألون فيما يسنح لهم - أى يعرض لهم - العلماء المختلفين من غير نكير، سواء اتبع الرخص فى ذلك أم العزائم، لأن من جعل المصيب واحدا لم يعينه ومن جعله متعددا فلا وجه للمنع على رأيه».

ومع هذا فهو يمنع من تتبع الرخص المركبة فى الفعل الواحد، أى يكون التلفيق فيها فى أجزاء الحكم الواحد وحمل رأى المانعين على هذا.

ثم يقول العطار[٣] : والنتيجة جواز التقليد وجواز تتبع الرخص لا على الإطلاق بل لابد من مراعاة ألا يقع بتتبع الرخص فى حكم مركب من اجتهادين».

وهذا ما نقله الدسوقى المالكى[٤]: وبالجملة، فالتلفيق فى العبادة الواحدة من مذهبين ممنوع فى طريقة المصاروة».

وهو ما نقل عن القرافى [٥] : «إن تقليد مذهب الغير حيث جوزناه فشرطه ألا يكون موقعا فى أمر يجتمع على إبطاله الإمام الذى كان على مذهبه والإمام الذى انتقل إليه» وقد أشرنا إليه من قبل.

---

(١) جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣ ٤

(٢) فى شرحه على المرجع السابق

(٣) فى حاشيته على المرجع السابق

(٤) حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير جـ ١ ص ٢

(٥) نهاية السول بهامش التقرير جـ ٣ ص ٣٥

فهؤلاء إذن يرون جواز تتبع الرخص بشرط أن يؤدى إلى قول لا يجيزه واحد من المذهبين أو المذاهب الملفق منها الحكم، كأن يتوضأ على مذاهب مختلفة ولا يقول بمجموعها أحد من أئمة هذه المذاهب.

المجيزون دون قيد :

يقول الكمال بن الهمام الحنفى [1] : ولا يمنع من اتباع رخص المذاهب مانع شرعى إذ للإنسان أن يسلك الأخف عليه إذا وجد سبيلا، وكان الرسول ﷺ يحب ما خف على أمته ويقول : «بعثت بالحنيفية السمحة» ولأن الشريعة لم ترد بقصد مشاق العباد بل بتحصيل المصالح، ثم قال: والغالب أن هذه إلزامات من المانعين لكف الناس عن تتبعها، ولا أرى ما يمنع هذا من العقل والسمع.

ويقول ابن أمير الحاج[2] : «وتتبع الرخص لا يمنع منه مانع شرعى، والغالب[3] أن ما يقوله المعارضون من كف الناس عن تتبع الرخص إنما يقصدون به منع العامى من أن يأخذ من كل مذهب ما هو أخف على نفسه، ولا أدرى ما الذى يمنع من هذا وما علمت من الشرع ذمه، وكان الرسول عليه السلام يحب للناس ما خفف عليهم».

قد رد على المانعين ومدعى الإجماع على المنع بأن دعوى الإجماع غير صحيحة إذ فى تفسيق المتتبع للرخص عن أحمد روايتان، وقد حمل القاضى أبو يعلى الرواية المفسقة على غير متأول ولا مقلد، على أن بعض الحنابلة ذكروا أنه لا يفسق. وفى روضة النووى أيضا لا يفسق.

وقال : ولعل منع الترخيص إنما يقصد الوصول إلى صورة لا يكون حكمها صحيحا عند أحد، ثم قال فى اتباع الرخص للتسهيل على المكلف كيفما كان ليس بضار وقد أشرنا إليه.

---

(١) التحرير جـ ٢، وقد أشار إليه أيضا شارح جمع الجوامع جـ ٢ ص ٤٠٢، والشاطبى فى موافقاته جـ ٤ ص ٨١.

(٢) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣٥١.

(٣) لأن البعض فسر ذلك بتتبع الرخص بما ينقض به حكم الحاكم من مخالف النص وجلى القياس، لأن هذا ممنوع ولا شك فيه

هذا وقد جوزه أيضا أبو إسحق المروزى الشافعى[١]، ونقل الدسوقى المالكى[٢] أن إبراهيم الشبراخيتى المالكى قال إن تتبع الرخص الممنوع هو ما ينقض به حكم الحاكم، ثم يقول: «والذى سمعناه من شيخنا نقلا عن شيخه الصغير وغيره أن الصحيح جواز تتبع الرخص بمعنى تتبع كل سهل لرفع المشقة - وهو فسحة، وبالجملة ففى التلفيق فى العبادة الواحدة من مذهبين طريقتان: المنع وهو طريقة المصاروة - أى أهل مصر وقد أشرنا إليه - والجواز وهو طريقة المغاربة - أى أهل المغرب - ورجحت هذه الطريقة».

ويبدو أن الذى أدى إلى هذه البلبلة فى الموضوع هو ما حدث من الفقهاء فى القرن السابع الهجرى من القول بسد باب الاجتهاد ونصهم على أن الحكم الملفق باطل بالإجماع، فأى إجماع هذا الذى صير الفقه المذهبى إلزامات دينية لا يجوز مخالفتها؟! وهل دعوى الإجماع هذه صحيحة؟!

ما نراه فى الموضوع :

ونحن نقول أن العامى الذى لا يعرف قدرا من العلوم المؤدية للاجتهاد يلزمه أن يعمل فى كل مسألة بما أفتاه به مفتيه إذ التمذهب بمذهب إنما يكون لمن له نوع نظر واستدلال كما قلنا. وهذا لا إدراك له بتتبع الرخص، لكن من عنده دراية بالفقه وله نوع نظر واستدلال وقدرة على الترجيح والتفهم فى مسائل الفقه فهو الذى يستطيع أن يتتبع رخص المذاهب ويتفهم أدلتها.

وهذا بالنسبة للأفراد إن كان يفتح أمامهم باب الاستهانة والتهرب من التكاليف، فكثيرا ما يشدد الناس على أنفسهم وخاصة فى العبادات إلا أن الوازع

---

(١) جمع الجوامع جـ ٢ ص ٤٠٢.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ١ ص ٢٥.

الدينى غالبا مـا يكون رادعا مانعا لهم من اسـتعمال الرخص كالقـصر والفطر أثناء السفر.

وأما بالنسـبة للجماعـة فإنه إذا لوحظ عند سن القوانين المأخوذة مـن الفقه الإسلامى إباحـة تتبع الرخص التى تيـسر للمـقننين اختـيار الحكم الملائم للعـصر والبيـئة من مجمـوعة المذاهب الفقهـية وهى فى مجمـوعها تمثل الفقـه الإسلامى والاسـتظلال بظله مـن ان نضـيق على الناس فى الأحكام التـى نلزمـهم بهـا من مذهب معين، أو بعـضها من مذهب والأخرى من غيره مما قـد لا يتفق مع العصر الذى نحن فيـه ولا مع البيـئة، وما أمـرنا أن نعبد الله على مـذهـب أحد ولا أن نلـجأ فى قضـايانا إلى رأيه، والرخـص قال بها مجتهدون ولها أدلتها التى استنبطوا أحكامها منها، وهذا افضل أيضا من أن نلجأ إلى قـوانين أجنبية عن عقيدتنا وبيئتنا لنحتكم إليها ونهتدى بها فى حياتنا.

فعلا إن هذا الذى نراه قد اتبع عند وضع مجمـوعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسـلامى كقانون الوقف والوصية والميـراث، وبعض المواد التى تناولها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو الذى أعتقد أنه اتبع أيضا قـانون الأحوال الشـخصيـة الذى تم تحضيـره، وهو فى سبيل إخـراجه والعمل به.

على أن هذا فى رأينا يدخل فى دائرة الاجتهـاد لأن الذى يقول به طائفة من كبار الفقهاء أهل البحث والنظر.

فإذا خلصت النية، وكان هذا العمل يقوم به رجال الفقه الذين لهم خبرة به وملكة وقدرة على تفهمه وتخريج علل أحكامه واستنباط أحكام ما جد لكان عملا لا غبار عليه ولا يتجه إليه اعتراض لأنه يكون وليد اجتهاد، والاجتهاد لا مانع من وجوده والأخذ به، وقد قـلنا إن العامى إنما يأخذ أحكام دينه ممن يسأله ويستـفتيه، كما قلنا إن الوازع الدينى ما زال بالنسبة إلى الأفراد يمنعهم من تتبع الرخص لمجرد الهـوى والغرض والبـعد عن المشـاق. كما أن الفـقهـاء الذين يسند إليـهم اختـيار

الأحكام الملائمة يلاحظون ما يساير مصالح الناس وبيئتهم فلا خوف إذا بل هناك خير ومصلحة.

وإليك ما يقوله أستاذنا الشيخ فرج السنهورى[١] «ولم يلتزم واضعو قانون الوقف أحكام المذاهب الأربعة ولا أحكام مذهب معين، وأخذوا من كل مذهب ما تبينوا أن الحاجة ماسة إلى الأخذ به، وإذا كانت أحكام هذا القانون قد كونت مزيجا فقهيا لا نجده فى مذهب من هذه المذاهب. لكنك لا تجد حكما منها غريبا عن الفقه الإسلامى، ولا يعدو أى حكم منها أن يكون قولا قال به إمام من أئمة المسلمين، أو رأيا قال به فقيه يعتد به، أو يكون مركبا من هذه الأقوال والآراء.

هذا هو الأساس الذى قام عليه هذا القانون، وهذه هى سبيله، والأساس قوى متين، والسبيل صراط مستقيم سلكها السلف الصالح ودرج فيها المسلمون منذ عصر الرسالة، وكانت طريق الأئمة فى تكوين مذاهبهم وتخيرهم من مذاهب الصحابة والتابعين، كما سلكها من جاءوا بعدهم قبل تقرير المذاهب وبعده. ولم يتنكب عنها أهل التخريج والترجيح من كل مذهب، وهى فى الوقت نفسه متفقة مع روح الشريعة ومع العماد الأول الذى قامت عليه وهو أنها لم تشرع إلا لمصالح العباد».

---

(١) فى مقدمة كتابه «مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامى» الجزء الخاص بشرح قانون الوقف ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ص ٣٩ مطبعة مصر.

الباب الثانى

القضاء فى الإسلام، وما يجب أن يحكم به القاضي

الفصل الأول

القضاء في الإسلام

المبحث الأول

القضاء فى الإسلام من الناحية التاريخية

نبذة عن القضاء قبل الإسلام :

عرف القضاء[1] من زمن قديم، ودعت إليه حاجة العمران وطبيعة البشر، فهو معروف من قديم الزمن، ولا يمكن لحكومة من حكومات العالم أيًّا كان

١) القضاء في اللغة يطلق على معان منها الفراغ كما في قوله تعالي : «فلما قضي زيد منها وطراً» ومنها الأداء كأن تقول قضي زيد دينه، ومنها الحكم وهو المراد هنا، والحكم في مادته بمعني المنع ومنه سمي القاضي حاكما لمنعه الظالم من ظلمه. فمعني قولهم حكم الحاكم بكذا وضع الحق في أهله كما في الدردير علي خليل جـ٤ ص ١٢٩، وتبصرة ابن فرحون جـ ١ ص ٨. وفي اصطلاح الشرعين: قول ملزم يصدر عن ولاية عامة كما في الفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٣٠٦،أو هو الإخبار عن حكم شرعي علي سبيل الإلزام. فيقال قضي القاضي أي ألزم الحق أهله، كما في التبصرة جـ١ ص١٧ . وواضح في هذا التعريف أن القضاء مظهر للأمر الشرعي لا مثبت له، لأن الأمر الشرعي في مثله ثابت تقديرا والقضاء يقرره في الظاهر، ولم يثبت أمراً لم يكن كما في ابن عابدين جـ٤ ص ٣٢٧. وقيل : القضاء معناه الدخول بين الخالق والخلق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة كما في التبصرة منسوباً لابن طلحة الأندلسي. ومن هذا القول بأنه فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله، انظر الخطيب علي أبي شجاع جـ ٤ ص ٣٢٠ ويعرفه الكاساني بقوله «هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله» كما في البدائع جـ٧ ص ٢.

نوعها الاستغناء عنه إذ لابد منه للفصل فيما لايخلو عنه المجتمع البشرى من النزاع وهو مقدس عند جميع الأمم رغم اختلافها رقياً وانحطاطاً، لأن فيه[١] أمراً بالمعروف ونهياً عن مضرة المظلوم، وأداء الحق إلى مستحقه، ورداً للظالم عن ظلمه، وإصلاحاً بين الناس وتخليصاً لبعضهم من بعض، فإن الناس لايستقيم أمرهم بدونه، فبه الدماء تعصم وتسفح والأبضاع تحرم وتنكح والأموال يثبت ملكها ويسلب؛ والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب[٢]. فالناس فى حاجة إليه فى كل عصر وإلا أصبح الأمر فوضي[٣]. لأنه إذا كان من المحقق ضرورة القانون للمجتمع، فإن مجرد تقرير القواعد القانونية لايكفى لسلامة الحياة الاجتماعية وانتظامها، فقد يختلف الناس فيما بينهم على معنى القاعدة القانونية مع التسليم بوجودها وبوجوب احترامها وقد يكون اختلافهم على الوقائع المادية التى تحكمها القاعدة القانونية سواء مع اختلافهم فى معنى هذه القاعدة أو دون اختلافهم فيه، وقد يتنكر بعضهم صراحة لهذه القاعدة أو ينكرها . . فالقضاء يحقق معنى القانون على كماله إذ يحقق أبرز خصائص القاعدة القانونية وهى صفة الإلزام.

وقد كانت سلطة القضاء منظمة؛ لها قوانينها ولوائحها التى يلتزمها القضاة فى مثل دولة الرومان ودولة الفرس وقدماء المصريين، وبينما[٤] يقص علينا تاريخ الشرق الأدنى ما كانت عليه شريعة حمورابى الوضعية فى القضاء من الاقتراب نحو العدل ودولة آشور المبنية على أنقاضها، وبعدها دولة إسرائيل، ودول العرب

---

(١) المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٤.

(٢)ابن فرحون تبصرة الحكام جـ١ ص ٢ وفي ص ٨ يقول: وأما حكمته «فرغم التهارج ورد النوائب وقمع الظالم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر».

(٣) أصول المرافعات، التنظيم القضائي ونظرية الدعوي للزميل الأستاذ الدكتور أحمد مسلم طبع سنة ١٩٥٧.

(٤) الأدلة الأصلية الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية للغزي أستاذ أصول الشريعة والحقوق بمعهدي حقوق سوريا جـ٣ ص ٤٦١ طبع سنة ١٩٢١.

قبل الإسلام الذين رأوا أن أسباب الحكم شهود أو يمين أو جلاء نرى تاريخ الغرب يقص علينا طرق الحكم وأسباب القضاء الغربية فى بابها إلى أواسط القرن الثانى عشر الميلادي. وأيا ما كان فقد كان للقضاء نظمه من زمن بعيد.

وأخص ما تعنى به هذه الأمم فى القضاء أمران :

الأول : كفاءة القاضى وحسن خلقه فلا يولى القضاء إلا من كملت قدرته عليه فعظم حظه من الذكاء والفطنة والعلم الغزير وأن يجمع إلى هذا مايجب أن يتحلى به من قلب مطمئن ونفس نزيهة وخلق كريم.

الثانى : أن يحاط القاضى بكل ما يضمن استقلاله وقيامه بواجبه المقدس على أكمل وجه، وكلما ارتفعت الأمة كانت هذه الضمانات القضائية عندها أوفي.

أما العرب فقد كان لهم قضاة يرجعون إليهم فى منازعاتهم غير أنهم ليس لهم قانون مدون يرجعون إليه وإنما يصدرون أحكامهم طبقاً لعاداتهم الموروثة، وما يصدر عن رؤساء القبائل أو ما يراه النابهون فيهم الذين عرفوا بحصافة الرأي، واستخراج الحقوق بالفراسة والأمارات. وكان حذاق الحكام عندهم يقدمون القضاء بالفراسة والأمارات، لا يقدمون عليها غيرها من شهادة أو إقرار[(١)]

وكان القضاء عندهم يسمى حكومة والقاضى يسمى حكما. والقضاء فى اللغة على وجوه ترجع كلها إلى انقطاع الشيء وتمامه. والقاضى فى اللغة القاطع للأمور محكم لها، واستقضى فلان جعل قاضياً يحكم بين الناس[(٢)].

ولم تكن الحكومة عملا مستقلا إلا فى قريش. وفى بلوغ الأرب، كان لكل قبيلة من قبائل العرب حكم يتحاكمون إليه وهم كثيرون، وكان حكام العرب

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٣٧.

(٢) في قواميس اللغة: والقضاء هو الحكم أي العلم والفقه والقضاء بالعدل. وأصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف الأخيرة قلبت همزة وجمعه أقضية.

يعقـدون مجـالس الحكم في ظلال الأشجـار أو خيـام تضرب حـتى بنيت الدور والأماكن ومن الدور الشهيرة دار الندوة بمكة وهي أول دار بنيت بها[١]

القضاء في عهد الرسول :

لما جاء الإسلام وامر الله نبيه محـمداً بتبليغ الرسالة، امره أيضاً بالفصل فى الخصومات. يقول الله تعالي[٢]، ﴿فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فـيما شجر بينهم ثم لايجدوا فى أنفـسهم حرجاً مما قـضيت ويسلموا تسليمـا﴾ وفى آية اخرى يأمره أيضاً بذلك ويـرشده إلى أن القانون الواجب التطبيق هو مـا جاء به الإسلام ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾[٣] ويقول : ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما﴾[٤].

وصدع الرسول عليه السلام بأمـر ربه فبلغ دعوة الله ونصب نفسه فى المدينة ليفـصل فى الخصـومات وليـقوم بدور الإفتـاء بجانب مـا يبلغه للناس مـن تشريع الأحكام الموحى بهـا والسهـر على تنفيـذ أحكام الإسلام. فـهو علـيه السـلام قد تجمعت فى يده هذه السلـطات وكانت لم تفصل بعد. ومَن غيـره فى حضرته أحق بهذا منه. فرفعت إليه القضايا فقضى فيها، كما أفتى فيما استفتى فيه، وكان يحكم فى الحقوق بالظاهر وباليمين عند عدم البينة.

وكان قضاؤه اجتهاداً لا وحياً، روى البخارى ومسلم أن الرسول قال لرجلين اختصما إليه فى مواريث بينهـما قد درست ليس بينهما بينة : «إنما أنا بشر مثلكم،

(١) وقد بني هذه الدار قصي بن كلاب، وجـعل بابها إلي مسجد الكعبة، وكان ينزل فـيها الخلفاء والأمراء في حـجهم في صدر الإسـلام، وفي منتصف القـرن الثالث الهجـري لما تهدمت أو تداعت أمر الخليفة المعتضد العباسي سنة ٢٨١هـ بهـدمها وإلحاقها بالمسجد الحرام، راجع تاريخ القضاء لعرنوس، والمختارات الفتحية لأبي الفتح.

(٢) سورة النساء جـ٥ / ٤٨

(٣) سورة المائدة جـ٦ / ٤٨

(٤) سورة النساء جـ ٥ / ٥

وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم الحن(١) بحجته من بعض» وكان المتخاصمان يحضران إليه مختارين فيسمع كلام كل منهما.

وكانت طرق الإثبات عنده البينة واليمين وشهادة الشهود والكتابة والفراسة والقرعة وغيرها. وكان الرسول يقول: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» أى أن المدعى ملزم بإظهار ما يبين صحة دعواه، وكان الرسول يقول: «أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر».

ومع هذا فلما انتشرت الدعوة بعض الشيء أذن الرسول لبعض أصحابه بشيء من ذلك لبعد المكان. بل حتى وفى حضرته، وكان ذلك منه تدريباً لأصحابه على الاجتهاد وعلى الولاية والقضاء وإرشاداً وتمهيداً إلى جواز تخصيص الولاة والقضاة.

فقد روى الترمذى فى سننه: أن عثمان قال لعبد الله بن عمر: اذهب فاقض بين الناس. قال: أوتعافينى يا أمير المؤمنين؟ قال: وما تكره من ذلك وقد كان أبوك يقضي؟ قال: إن أبى كان يقضى فإن أشكل عليه شيء سأل رسول الله..» وهذا يدل على أن عمر باشر القضاء فى عهد رسول الله.

كما روى أن الرسول بعث عليًّا وهو شاب إلى اليمن ليقضى فيهم وضرب على صدره وقال: اللهم اهد قلبه وسدد لسانه، وقال له: إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقض حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء، ويروى أنه قد عرضت عليه قضية فقال: أقضى بينكم فإن رضيتم فهو القضاء، وإلا حجزت بعضكم عن بعض حتى تأتوا رسول الله ليقضى بينكم. فلما قضى بينهم أبوا أن يتراضوا وأتوا الرسول أيام الحج - وهو

(١) الحن بحجته الفطن بها وأبصر فقد يزخرف الباطل فيتغلب على الحق، وقد روى أحمد فى مسنده الحديث برواية لا تخرج عن هذا المعنى.

عند مقام إبراهيم - وقصوا عليه ماحدث فأجار قضاء على وقال : هو ماقضى بينكم[١].

وفى هذا ما يدل أولا : على أن القضاء والولاية كانتا فى يد واحدة، وبعبارة أخرى أن السلطة التنفيذية والسلطة القضائية لم يكن بينهما فاصل. ويؤخذ هذا من قول على «فإن رضيتم فهو القضاء وإلا حجزت بعضكم عن بعض .. إلخ»، وثانيا على أن الطعن فى الأحكام عرف عندهم وعمل به فعلا إذ ماحدث إنما هو أشبه باستئناف الحكم فتنظر الدعوى من جديد وينقض الحكم أو يعدل أو يؤيد. فالإمام على لما قال : «حتى تأتوا رسول الله» لم ينبههم إلى اللجوء إليه باعتباره مشرعاً أو حاكم المسلمين والمشرف على تنفيذ أحكام الإسلام، وإنما باعتباره قاضياً. ويؤخذ هذا من قوله «ليقضى بينكم» ومن عرض الخصومة عليه وقوله هو ماقضى بينكم مايفيد معنى تأييد الحكم المستأنف»[٢]

كما روى أنه عليه السلام أرسل معاذ بن جبل إلى (الجند)[٣] ليعلم الناس القرآن وشرائع الإسلام ويقضى بينهم، وجعل له قبض الصدقات من العمال الذين باليمن رغم أنه أسند إليه القضاء وغيره فإنه لعنايته بالقضاء سأله كيف تقضى إذا عرض لك قضاء؟ قال : أقضى بكتاب الله. قال : فإن لم تجد فى كتاب الله؟ قال: بسنة رسوله. قال : فإن لم تجد فى سنة رسوله؟ قال: أجتهد رأيى ولا آلو. - أى لا أقصر - فسرّ الرسول من معاذ لمعرفته للمصادر التى يأخذ منها أحكامه وترتيبها.

---

(١) راجع زاد المعاد لابن القيم، وكتب السيرة أقضية الرسول لعبد الله بن محمد القرطبي.

(٢) وسنبين ذلك عند الكلام عن تنظيم القضاء في الإسلام ومقارنته بما عليه العمل الآن.

(٣) الجند بفتح الجيم والنون بلدة كانت مقر أحد ولاة اليمن بينها وبين صنعاء ثمانية وخمسون فرسخاً راجع في هذا السيرة الحلبية جـ ٣ ص ٢٢٧

وكذلك فقد ولى الرسول عتاب بن أسيد أمر مكة وقضاءها بعد فتحها. ولم يزل متولياً ذلك فى خلافة أبى بكر حتى مات يوم أن علم بوفاة الخليفة

وكان الرسول قد عين لقضاته أجراً يناسب عصرهم ويوازى حاجتهم يدل على ذلك ماقاله عتاب بن أسيد هذا «لقد رزقنى رسول الله كل يوم درهمين فلا أشبع الله بطناً لايشبعه كل يوم درهمان»[١]. وإذا كان هناك من الأفراد من استباح لنفسه أن يقول[٢] «إن القضاء فى عصر النبى لايخلو من غموض وإبهام لايكاد يتيسر معهما الوصول إلى رأى ناضج، واستباح ذلك ليكون مطية لفكرة أخرى يريد الوصول إليها! فإننا نستطيع أن نرد عليه ونطمئنه بأن الإسلام دين ودولة وله نظمه ومنها القضاء، وقد رسم التشريع الإسلامى خطة القضاء وأرشد إلى مبادئه قبل أن يأتى قول الله تعالى: «اليوم أكملت لكم دينكم» وترك التفصيل للسنة وعمل المجتهدين فى الأمة الإسلامية شأنه فى ذلك شأن الكثير من الأمور المتعلقة بالمعاملات ونظام الدولة لأنها تتأثر بالبيئة وتتغير بتغير الزمن». فالقضاء تطبيق الأحكام على الوقائع الجزئية وهذه قد قررتها الشريعة إما بتفصيل كحدى السرقة والزني، وإما بعرضها فى ضمن أصول كلية ككثير من الأحكام القائمة على رعاية العرف أو المصالح المرسلة.

وأما تطبيق الأحكام فيرجع النظر فيه إلى مبادئ يتوقف عليها حفظ الحقوق كالاستناد إلى البينات وضرب الآجال لإقامتها. وأما المبادئ فإنها قائمة فى دلائل الشريعة دون أن تشذ منها كبيرة أو صغيرة، وأما النظم الزائدة على مايعد ركنا للعدالة فذلك يجيء على حسب مايقتضيه حال الزمان والمكان، ولذا فقد وكله الشارع إلى اجتهاد القائم على منصب القضاء[٣].

---

(١) وفي تبصرة ابن فرحون جـ١ ص ٢٣ «فإن من تعين عليه القضاء وهو في غني عن الارتزاق منه فإنه ينهي عن أخذ العوض»

(٢) الإسلام وأصول الحكم علي عبد الرازق ص ٣٩ مطبعة مصر سنة ١٣٤٣هـ.

(٣) نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم محمد الخضر حسين المطبعة السلفية سنة ١٣٤٤هـ ص ٩٢/ ٩٥

ومع هذا فالأخبار - كما يقول ابن حجر[١] - طافحة بأن أهل كل بلد كانوا يتحاكمون إلى الذى أمر عليهم ويقبلون خبره ويعتمدون عليه. وكان من أشكل عليه شيء من خلفائه أرسل إلى الرسول يسأله عنه فكان عليه السلام فى حياته يعلم خلفاءه إذا جهلوا ويقومهم إذا زاغوا ويعزلهم إذا لم يستقيموا[٢]

فهل بعد كل هذا يمكن أن يقال إن القضاء فى عصر الرسول لايخلو من غموض، أو أن التشريع الإسلامى لم يتناول ذلك، أو أنه لايمكن الوصول إلى رأى ناضج؟ لا . فالأمر واضح بين لمن يتجرد عن الغرض والهوى. فالقضاء فى الإسلام موجود بخصائصه ومبادئه. وقضى الرسول بنفسه بمقتضاها كما استخلف غيره فى عهده فيه، غاية الأمر أن القضاء كان مما يقوم به الوالى نفسه غالباً، وأن السلطة القضائية لم تستقل عن السلطة التنفيذية فى عصر الرسول على مابينا.

القضاء فى عهد الخلفاء:

لم يحدث تغيير فى عهد أبى بكر فى نظام القضاء عما كان عليه فى عهد الرسول لاشتغاله بحرب الردة وامتناع بعض المسلمين عن أداء الزكاة، وغير ذلك من أمور السياسة والحكم، ولعدم اتساع رقعة الدولة فى عهده غير أنه يروى أنه أسند فى عهده القضاء إلى عمر فظل سنتين لايأتيه متخاصمان لما عرف به من الشدة[٣] ولأن الناس كان فيهم من الورع والصلاح والتسامح مايمنع وجود تخاصم ومشاحنة.

ولما كثر الفتح فى عصر عمر واتسعت أعباء الحكم، وازدادت مهام الولاة فصل عمر بن الخطاب القضاء عن الولاية، وعين للقضاء أشخاصا غير الولاة، وفصل بين السلطتين فولى أبا الدرداء معه قضاء المدينة، وولى القاضى شريحاً قضاء

---

(١) فتح البارى جـ ١٣ ص ١٨٣ وأشار إليه المرجع السابق فى ص ٩٨

(٢) إعلام الموقعين جـ٤ ص ٩٣

(٣) تاريخ الإسلام السياسى للدكتور حسن إبراهيم جـ١ ص ٥٢٦

البصرة، وأبا موسى الأشعري[١] قضاء الكوفة، وعثمان بن قيس بن أبى العاص قضاء مصر، ويروى أنه قال لواحد من قضاته «رد عنى الناس فى الدرهم والدرهمين».

ولما كان القضاء جزءاً من الولاية العامة [٢]، كان من حق صاحب هذه الولاية أن يخصص القاضى ببعض أنواع القضايا دون غيرها، ولذا فإن ابن الخطاب حينما خصص أفراداً للقضاء جعل قضاءهم قاصراً على فصل الخصومات المالية، أما الجنايات مايتعلق منها بالقصاص أو بالحدود فإنها بقيت فى عهد الخلفاء فى يد الخليفة وولاة الأمصار.

وكان عثمان بن عفان أول من اتخذ داراً للقضاء، وكان القضاء فى عهد الخليفتين قبله فى المسجد، وكذلك فإن الخلفاء قد رتبوا لقضاتهم أجوراً من بيت مال المسلمين.

وكثيراً ما كان الخلفاء يتعهدون القضاة ويرشدونهم إلى ماينبغى أن يكون عليه سلوكهم مع المتخاصمين. وهذا عهد على بن أبى طالب فى خلافته إلى الاشتر النخعى واليه على مصر يوصيه فيه بعد أمره بتقوى الله أن يشعر قلبه الرحمة للرعية والمحبة لهم، كما أوصاه بالمشورة واختيار المشير وبين له سياسة

---

(١) وفي تاريخ الإسلام السياسى للدكتور حسن إبراهيم جـ١ ص ٥٢٦ أن أبا موسى الأشعرى ولى فى عهد عمر قضاء البصرة. أما الكوفة فقد كان قاضيها فى عهده هو شريح بن الحارث الكندى .. وأن أبا موسى لم يتول قضاء الكوفة إلا فى عهد عثمان، ونقل هذا عن تاريخ الطبرى جـ ٤ ص ٢٦٣,

(٢) وفى الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٩ المطبعة المحمودية التجارية بمصر: والولايات التى يستخلف الإمام عليها أربعة :

١- أن تكون ولايته عامة فى أعمال عامة وهم الوزراء .

٢- ومن تكون ولايته عامة فى أعمال خاصة وهم أمراء الأقاليم والبلدان.

٣- ومن تكون ولايته خاصة فى الأعمال العامة كقاضى القضاة ونقيب الجيش وجابى الصدقات، لأن كل واحد منهم مقصور على نظر خاص فى جميع الأعمال.

٤- من تكون ولايته خاصة فى الأعمال الخاصة كقاضى بلد أو إقليم.

الدولة ثم قال له بخصوص القضاء: ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك فى نفسك ممن لاتضيق به الأمور . . وأصبرهم على تكشف الأمور وأصرمهم عند اتضاح الحكم ممن لايزدهيه إطراء ولا يستميله إغراء، ثم أكثر تعهد قضائه، وأفسح له فى البذل ما يزيل علته وتقل معه حاجته إلى الناس، وأعد له من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره . . »(١)

وكثيراً ما كان الخلفاء يتعهدون الولاة والقضاة بالإرشادات، ومن هذا رسالة ابن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى قاضى الكوفة وهى أصل فيما تضمنته من فصول القضاء ومعانى الأحكام، وتلقاها العلماء بالقبول ودونوا عليها أصول الحكم، ولأهمية هذه الرسالة نذكرها كاملة بالهامش(٢) .

---

(١) نهج البلاغة للسيد المرتضي جـ٢

(٢) أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك فإنه لاينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس بين الناس في مجلسك، وفي وجهك وقضائك حتي لايطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة علي المدعي، واليمين علي من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ومن ادعي حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن بينه أعطيته بحقه، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك هو أبلغ في العذر وأجلي للعمي، ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق؛ فإن الحق قديم لايبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل. والمسلمون عدول بعضهم علي بعض إلامجربا عليه شهادة زور، أو مجلوداً في حد، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة، فإن الله تعالي تولي من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والإيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال ثم اعمد فيما تري إلي أحبها إلي الله وأشبهها بالحق، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة [أو الخصوم] فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو علي نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله، فإن الله تعالي لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً. فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك ورحمة الله؛ إعلام الموقعين جـ١ ص ٨٥ / ٨٦,

وأخذ ابن القيم بشرح هذا الكتاب الجليل حتي نهاية الجزء الأول ص ٤٠١ إلي ص ١٦٥ من الجزء الثاني، ولاتعجب فإن هذا الكتاب تعتبر كل كلمة منه قاعدة وقانوناً يسترشد به القاضي فهو=

طريقتهم في القضاء والفتيا :

كان الخلفاء إذا ما عرض عليهم قضاء أو طلب منهم استفتاء نظروا فى كتاب الله فإن لم يجدوا حكماً التمسوه فى السنة فإذا لم يعرفوا فيها شيئاً سألوا الناس هل فيهم من يعرف شيئاً فى السنة فى هذا الأمر، فإن وجد أخذوا بما يقول بعد الاستيثاق بطلب شهود كما كان يفعل أبو بكر وعمر، أو بتحليفه على صدق مايقول كما كان يفعل الإمام علي. وإلا فإذا لم يكن هناك حكم للمسألة فى الكتاب والسنة اجتهدوا اجتهاداً جماعياً إذا كان الموضوع له مساس بالحكم ويتعلق بالجماعة، واجتهاداً فردياً فى الجزئيات الخاصة بالأفراد.

وبالجملة فلم يكن للقاضى فى هذا العصر كاتب أو سجل تدون فيه أحكامه لأن القاضى كان يقوم بتنفيذ الحكم بنفسه عقب إصداره، كما لم يكن له مكان خاص، وإنما كان القاضى أولا يجلس بمنزله ويحضر إليه أصحاب الخصومات فيقضى بينهم، ثم أصبح يجلس فى المسجد للفصل فى الخصومات[١] حيث كانت المساجد غير قاصرة على إقامة الصلوات، بل كانت مجامع للشئون العامة ذات الشأن كالقضاء والتدريس وحل المشاكل[٢].

= كتاب جامع زاخر بالمواعظ والتوجيهات. وعلق الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ في كتابه الأحكام السلطانية ص ٦٨ بقوله: فإن قيل في هذا العهد خلل من ناحية خلوه من لفظ التقليد الذي تنعقد به الولاية ومن ناحية اعتباره في الشهود عدالة الظاهر والمعتبر فيه عدالة الباطن،وأجاب عن ذلك بأن بعض الفاظه، تتضمن معاني التقليد، وانه يجوز ان يكون ممن يري ذلك فذكره لمجرد الإخبار.

علي أن الدكتور حسن علي عبد القادر في كتابه نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامى ص ٧٤ ينقل تشكك ابن حزم فى كتابه إبطال القياس في إسناد هذه الرسالة إلي عمر، وتشكك بعض المستشرقين لاشتمالها علي اصطلاحات دقيقة تعتبر وليدة مابعد عصر الصحابة- وسيادته في هذا ناقل عن جولدتسهير - الذي كثيراً مايحاول الغمز والتجريح.

(١) تاريخ الإسلام السياسي جـ ١ ص ٥٢٨ .

(٢) راجع تفصيل القول فيما يباح استعمال المساجد فيه، في بحثنا المنشور بمجلة القانون والاقتصاد عن الإباحة عند الأصوليين والفقهاء «الباب الثاني » متعلق الإباحة العدد الثالث السنة الحادية والثلاثون من ص ٤٩٨ / ٥٠٨ وهو مطبوع في كتاب بعنوان نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء.

القضاء في عهد الأمويين والعباسيين:

استتب الأمر لمعاوية أول حكام بنى أمية، وكان الفقهاء من الصحابة والتابعين قد تفرقوا فى الأمصار تبعاً لاتساع الفتح على مابيناه فى موضعه، فكان الخليفة يعين قضاة عاصمة خلافته ويكل أمر تعيين من عداهم إلى ولاته فى الأمصار «فلم يكن لأحد القضاة إشراف أو ولاية على القضاة الآخرين وإنما كانوا يتبعون الخليفة ونوابه».

وكان عمل القضاة قاصراً على إصدار الأحكام فيما لهم اختصاص فيه[1]، أما تنفيذ الأحكام فقد كانوا يشرفون عليها بأنفسهم أو بواسطة نوابهم، بأمر منهم، وهى الآن بواسطة رجال التنفيذ مادام الحكم قد ذيّل بالصيغة التنفيذية.

والقاضى غالباً يكون مجتهداً فلا يلتزم برأى معين، وإنما يقضى فيما ليس فيه نص قاطع أو إجماع سابق برأيه واجتهاده، وإذا استشكل عليه أمر فى قضائه استعان بالفقهاء الموجودين معه فى المصر، وكثير منهم من كان يرجع إلى الخليفة أو الولي فى طلب الرأي، ومع هذا فقد كان القضاة فى أحكامهم لا يتأثرون بميول الحاكم بل كانت كلمتهم نافذة حتى على الولاة أنفسهم، ومن ناحية أخرى فإن الخليفة كان يرقب أحكامهم ويعزل من شذ منهم.

ولم تكن أحكام القضاة حتى ذلك الوقت عرفت التسجيل، وإنما تعرض الدعوى فينظرها القاضى ويفصل فيها ويعرف الخصمين بحكمه ويبين للمحكوم عليه ما بني عليه الحكم غير أنه تبين لقاضى مصر[2] فى عهد معاوية ضرورة

---

(١) ولم يكن في ذلك العصر من اختصاص القاضي النظر في الجراحات والعقوبات التأديبية كالحبس فإن هذا من سلطة الخليفة أو عامله إذ قلنا من قبل إن هذه لأهميتها كان ينظر فيها الخليفة وولاته، غير أنه روي أن معاوية جعل لقاضي مصر في عهده النظر في الجراحات.

هذا وقد كان الحبس في عهد الرسول لايتعدي منع المتهم من الاختلاط بغيره، وذلك بوضعه في بيت أو مسجد ،وملازمة الخصم أو من ينيبه عنه له، وفي عهد عمر تخصص مكان للحبس.

(٢) سليم بن عتر تولى القضاء من قبل معاوية سنة ٤٠ هـ ومكث فى القضاء إلى موت معاوية سنة ستين وقيل بعد ذلك.

تسجيل الأحكام ، وكان قد قضى فى ميراث بين ورثة تخاصموا إليه ثم تناكروا الحكم الذى أصدره القاضى واختلفوا فيه، فعادوا إليه مرة أخرى فحكم بينهم ودون الحكم فى سجل خاص، فكان أول حكم قضائى يسجل وقد سبق الإشارة إليه.

أما فى عهد العباسيين- وقد جاء حكمهم باسم الدين ولحماية الدين- فقد ظهر الجدل وتباعد الفقهاء فى الرأى ووجدت المذاهب وعرف التقليد، وتبع هذا أن اختلفت أحكام القضاة إذ كان القاضى فى العراق يحكم وفق المذهب الحنفي، وفى الشام والمغرب وفق المذهب المالكى وفى مصر وفق مذهب الشافعي، وإذا تقدم خصمان على غير المذهب الشائع فى البلد أناب القاضى عنه قاضياً يحكم بمذهب المتخاصمين، بل قد عمد بعض الخلفاء العباسيين إلى التدخل فى عمل القاضى مما جعل الفقهاء يزهدون فى هذه الوظيفة ويتهربون منها. وكانت هذه الفوضى فى الأحكام وعدم وجود حكم يلتزم به القاضى دافعة لأن يكتب ابن المقفع إلى الخليفة أبى جعفر المنصور يدعوه إلى وضع قانون عام لجميع الأمصار، وقد حاول الخليفة فعلا تحقيق هذه الرغبة وطلب من مالك تنفيذ ذلك على مابيناه فى موضعه.

كما أن أبا يوسف الفقيه الحنفي- وقد كانت له الحظوة عند الخليفة- عمل على تقليد منصب القضاء للفقهاء الآخذين بالمذهب الحنفى وقد أنشئت وظيفة رئيسية قضائية عين فيها أبو يوسف وسمى قاضى القضاة فأصبح هو الذى يشرف على أمر تعيينهم وعزلهم ويتفقد أعمالهم ويراجع أحكامهم، وهكذا فقد أصبح للقضاء ولاية خاصة وللقضاة رئيس منهم ينظم شئونهم ويتولى أمرهم، ولما أخذت الأقطار الإسلامية فى الانفصال عن حكومة بغداد أصبح فى كل قطر قاض للقضاة وكان يسمى فى الأندلس بقاضى الجماعة .

واصبح للقضاة والعلماء زى خاص يميزهم عن عامة الناس، وأحيط بالمهابة وأقيم بين يديه من يمنع الناس عن التقدم فى غير وقته ويحافظ على النظام، كما تبعه أعوان يحضرون له الخصوم ويعدون له نظر الدعوي، وكانت تعقد الجلسات فى مجلس فسيح صحى فى وسط المدينة كى لا يتأذى الناس من الجلوس فيه، وحددت له الأيام التى ينظر فيها الخصومات بحيث لايصح له أن ينظر في غيرها وعلى الأخص فى أيام الأعياد وما أشبهها[1]. وأدخلت بعض الإصلاحات كالعناية بالسجلات وجعلها تامة وافية، وتسجيل الوصايا والديون فيها واتسعت سلطة القضاء فأصبح ينظر فى القضايا المدنية وفى الدعاوى والأوقاف وتنصيب الأوصياء وكثيراً ما كانت تضاف إليهم ولاية الشرطة والمظالم والحسبة ودار الضرب وبيت المال[2].

هذا ولم يكن القضاء وحده فى الإسلام هو الذى يحتكر فض المنازعات والفصل فيها، وإنما شاركه فى ذلك نظام التحكيم، الذى أقره الإسلام، وأخذت به القوانين الحديثة[3]، كما أن الفقه الإسلامى فصل ولاية الحسبة وولاية المظالم عن ولاية القضاء، وسنذكر بعون الله شيئاً عن هاتين الولايتين فيما بعد.

وأخيراً فقد كان للقضاء الإسلامى السيادة التامة فى جميع الأقطار الإسلامية ومنها مصر. واستمرت هذه السيادة حتى تبعت مصر الدولة العثمانية بحكم الفتح واحتفظت لنفسها بحق تعيين القضاة وتبعية السلطة القضائية لها رغم أنها تركت السلطة الفعلية فيما عدا ذلك فى يد المماليك.

ولما كانت الدولة العثمانية قد توسعت فى تفسير معنى التسامح الدينى مع الذميين بأوسع مما قرره الفقهاء فى مدى خضوع غير المسلمين للقضاء فى الدولة

---

(١) تبصرة ابن فرحون جـ ١.

(٢) راجع مقدمة ابن خلدون ص ١٩٣ / ١٩٣.

(٣) وهذا التحكيم تتولى الدولة تنظيمه بالقوانين فهو على هذا لا يفترق عن القضاء إلا من ناحية الإجراءات وأشخاص المحكمين، ولذا فإن أحكام المحكمين تنفذها الدولة عند الاقتضاء تحت إشراف القضاء، وقد تناولت المواد ٨١٨/ ٨٥٠ من قانون المرافعات المصرى هذا الموضوع.

الإسلاميـة فمنحت امتيـازات قضائية للطوائف المليـة بها فقد سـرى هذا إلى مصر باعتـبارها جـزءاً من الدولة العثمـانية، وأخـذ هذا الحق ينمو حتى تـكون بجانب القضاء الإسـلامى قضاء ملى طائفي، وأيضاً فقـد منحت الدولة من قبل للأجانب امتيازاً فى قضائهم تكوّن معه القضاء القنصلي.

وفى سنة ١٨٧٦ اكتـمل لمصر[1] سلطانها القـضائى وولايتها عليـه، وكانت جهات القضــاء قد تعددت والقانون الواجب التطبيق ليس هو الفـقه الإسلامى فى جميعها، وهكذا حتى أصبح فى عهد الخـديو توفيق فى مصر خمسة أنواع للقضاء تستمد قوانينها من مصادر مختلفة : فالقضاء الشرعى وقد كان هو الأصل ومصدر أحكامه الفـقه الإسـلامي، ثم القضاء المخـتلط وقد أنشئ سنة ١٨٧٥، والقـضاء الأهلى وأنشئ سنة ١٨٨٣ ومصدرهما القوانين الأجنبـية، والقضاء الملى ومصدره ديانات الطوائف غـير الإسلامـية، والقـضاء القنصلى، وكل مـحكمة منه تـقضى بقانون بلدها خروجـاً على أصل إقليمية القضاء فى الدولة الإسـلامية، إذ لايجوز قيام قضاء أجنبى عن إقليم الدولة الإسلاميـة، وهكذا تعددت جهات القضاء بمصر تعدداً نوعـياً وشخصـيا، ثم أخذت البـلاد تتخلص من هذا الوضع الشاذ وتسـترد سيـادتها القضائيـة حتى ألغى القضــاء القنصلى والمختلط، ثم عملت على توحـيد القضاء حتى ألغيت المجالس الملية والمحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ اعتبـاراً من أول يناير سنة ١٩٥٦، وأحيلت القضايا التى كانت منظورة أمـامها إلى القضــاء العادى «المحــاكم الأهلية الســابقة» وأنشئ فـيهـا دوائر أحوال شـخصـية للمسلمين، والقـانون المطبق أمامها هو القـانون المستمد من الفـقه الإسلامى الذى كان يقضى به أولا أمام المحاكم الشرعية مع بعض تعديلات تتعلق بنظام المرافعات، كما أنشئت دوائر كذلك لتنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

---

(١) فى سنة ١٨٥٦ حصلت مصر على أن يكون لها حق تولية القضاة فى غير مدينة القاهرة والبلاد التابعة لها، وفى سنة ١٨٧٦ أعطيت أيضاً حق تعيين قضاة محكمـة القاهرة وما يتبعها فاكتمل لها الإشراف على السلطة القضائية.

وهكذا أخذت تتطور النظم القضائية عندنا حتى استمدت بعضها أخيرا من بلاد غير إسلامية، بل وقد تعدى الأمر ذلك إلى المصادر التى يستمد منها القاضى أحكامه، وهى وإن كانت بعدت عن الفقه الإسلامى حينا فإنها بدأت تقترب منه أخيراً على ما بينا.

هذه نبذة تاريخية عن القضاء وتطوراته فى عهود الإسلام، وهو من غير شك فى عهوده الأولى منها كان لحكم القاضى صفة دينية لأنه يستمد أحكامه من أحكام الدين بما يكسبه قوة ومهابة، لا مخافة من قوة الحاكم التى تعمل على تنفيذ الأحكام، وإنما خوفاً من بطش الله وخشية غضبه، ولذا فإن الحكام أنفسهم كانوا يدعون إلى مجلس القضاء إذا خاصمهم أحد، شأنهم شأن أى فرد فينتقلون إلى مجلس القاضى ويدخلونه بكل توقير تاركين أبهة السلطان خارجه، وكثيراً ما يحكم القاضى على الخليفة أو الوالى فيرضخ لحكم الشرع[1].

---

(١) ومن هذا ما حدث بالنسبة للخليفة المنصور فقد ادعى عليه جماعة حقاً أمام القاضى محمد بن عمر الطلحى فأرسل القاضى للخليفة يستدعيه فاستجاب الخليفة وحضر، فلما حضر الخصوم سوى القاضى بينهما فى المجلس وبعد سماع أقوال طرفى الخصومة حكم القاضى ضد الخليفة، وبعد عودة الخليفة أمر باستدعاء القاضى بعد انصراف الناس عن مجلسه. فذهب القاضى وهو يخشى غضب السلطان ولكنه لما مثل بين يدى الخليفة قال له المنصور : جزاك الله عن دينك ونبيك وعن حسبك وعن خليفتك أحسن الجزاء.

المبحث الثاني
أركان القضاء وطرق الإثبات وما يجب فى القاضي

أ - أركان القضاء :

أجمع الصحابة على إقامة القضاء بين الناس وقالوا إنه فريضة محكمة وسنة متبعة، وقد باشره الرسول ومن بعده الصحابة والتابعون(١) . وتكلم الفقهاء عن

(١) والأصل فيه قول الله تعالى ﴿ يا دواود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ وقوله ﴿وان احكم بينهم بما أنزل الله﴾ وقوله ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم﴾، وفى السنة الأحاديث الكثيرة الدالة على مشروعيته بل ضرورته ومنها «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد وأخطا فله أجر» وقوله «لاحسد إلا فى اثنتين رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته فى الحق ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضى بها ويعمل بها» وما روته عائشة عن الرسول أنه قال : هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة. قالوا: الله ورسوله أعلم. قال : «الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا سئلوه بذلوه وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم»

وقد رويت أحاديث كثيرة فى الترغيب عن القضاء والزهد فيه وهذه إنما يقصد بها إبعاد العالم الجائر والجاهل الذى لم يؤذن له فى الدخول فى القضاء، ومن هذا ماروى أن الرسول قال : «القضاة ثلاثة : قاضيان فى النار وقاض فى الجنة، قاض عمل بالحق فى قضائه فهو فى الجنة - حتى لو أخطأ الصواب بدليل الحديث السابق -، وقاض علم الحق فخان متعمداً فذلك فى النار، وقاض قضى بغير علم واستحيا أن يقول إنى لا أعلم فهو فى النار» ومع هذا فإن كثيراً من الفقهاء والأئمة كانوا يتهربون من القضاء، وأن كثيراً منهم حبس وعذب بسبب هذا الرفض، ولا أظن أن هذا وحده سبب فى إحجامهم وابتعادهم لأنهم يعلمون حكمه التكليفى وإنما أعتقد أن هناك عوامل سياسية أخرى قد تتعلق بالحكم وموقفهم من العلويين، وقد تتعلق بأشخاص الحكام أنفسهم ونزعة الفقهاء فى ذلك الحين من إيثارهم البعد عن الحكام كى لايفتنوهم فى دينهم، نعم إنه فرض كفاية كما قالوا لكنهم قرروا أيضاً أنه يجب على الشخص إذا تعين له ولا يوجد من يصلح غيره. ويستحب إذا وجد من يصلح غيره لكنه هو أصلح له وأقوم به، ويباح فيخير فى قبوله أو رفضه إذا استوى هو وغيره فى الصلاحية والقيام به، ويكره فى حالة ما إذا كان صالحاً له لكن يوجد من هو أصلح منه، ويحرم إذا علم من نفسه العجز عنه وعدم الإنصاف فيه لميله لاتباع الهوى. راجع الفتاوى الهندية جـ٣ ص٣٠٦، المغنى لابن قدامة جـ١ ص٣٤، وفى الدردير على متن خليل، «ولزم المتعين أو الخائف الفتنة علىنفسه إن لم يتول، أو الخائف ضياع الحق، القبول والطلب ولو ببذل المال لأنه أمر =

أركان القـضاء كثيـراً، ومن ذلك ماجاء فى تنوير الأبصـار مـن أن أركـان القضـاء ستـة[1]:

١- حاكم وهو من عين من قبل السلطان للفصـل فى الدعاوى والخصومات إذ السلطان لايستطيع أن يقوم بكل هذا وقد بينا أن النبى عليه السلام أناب عنه فى ذلك.

٢- حكم وهو مايصـدر عن القاضى لحسم النزاع وقطع المخاصـمة وهو إما بإلزام المحكوم عليه بكلام ينطق به القاضى فيقول حكمت عليك بكذا وهذا يسمى قضاء إلزام أو استحقاق[2]، وإما بمنع الحاكم المنازعـة بقوله للمدعى ليس لك حق

= متعين عليه ويجبر عليه من الحاكم، وحرم قـبوله أو طلبه لجاهل وطالب دنيا، وندب لشهر علمه لإفادة الناس به أو كان فى ضيق عيش وأراد التوسـعة على عياله. راجع الدسوقي على الدردير جـ٤ ص ١٣١ وعند الشافعية كما يروي الخطيب علي أبي شجاع جـ ٤ ص ٣٢١ - وفي المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٣٥ «من الناس من لايجـوز له الدخـول في القضـاء وهو من لا يحـسنه ولم تجـتمع فيـه شروطه، ومنهم من يجوز له ولا يجب وهو من كـان أهلا له ولم يتعين له، ومنهم من يجب عليه وهو من يصلح وتعين، وقـد نقل عن احمـد مايدل علـي أنه لايجب عليه حـتي مع هذا. وهو نقل غريب إن صح فإنه لابد من تأويل أو سبب»

ومن ناحية العـقل فإن ضرورة المجتمـع تقتضيه لقطع المنازعـات وإنصاف المظلوم من الظالم وغير ذلك من المصالح التي لاتقـوم إلا بإمام، ومعلوم أنه لا يمكنه القيام بما نصبه له بنفسـه فيحتاج إلي نائب يقوم مـقامه في ذلك وهو القاضي. راجع التـبصرة، والخطيب علي أبي شجـاع والبدائع، والفتاوي الهندية، والمغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٤.

(١) ونقل ابن عابدين في حـاشيتـه علي شرحه للتنوير جـ ٤ ص ٣٢٧ عن البـحر أن ركن القضاء مايدل عليه من قول أو فعل لأن المراد بالقـضاء الحكم وهو أحد الستة المذكورة ضمن الأركان فيلـزم أن يكون ركناً لنفسـه، لكننا نستطيع أن نقـول إن الحكم الذي هو ركن عـبارة عمـا ينطق به القاضي والمسـمي الآن بمنطوق الحكم، أما الحكم الذي بمعني القضاء فقلنا إنه مـجرد المنع، أو يمكن أن يقال إن المراد بالحكم هنا إيقاع الحكم من ذي الصلاحية القانونية في الحادثة.

(٢) واصطلح فريـق من الأصوليين علي أن قضـاء الإلزام الحكم بما هو قطعي كـاستحـقاق الشريك للشفعة، وقضـاء الاستحقاق الحكم بما يثبت بالاجتهاد والظن من أنواع الحقـوق كاستحقاق الجار للشفعة.

وقد يكون قضاء الإلزام أو الاستحقاق بالفعل مثل مايقع من الحكام من أنواع القسمة الجبرية.

قبله عند عجزه عن الإثبات وحلف المدعى عليه وهذا يسمى قضاء الترك، ولابد من أن تكون عبارة الحكم واضحة قاطعة فى الدلالة(١)

٣- المحكوم به وهو فى قضاء الإلزام والاستحقاق ما ألزم به القاضى المحكوم عليه من إيفاء المدعى حقه، وهو فى قضاء الترك عبارة عن ترك المدعى المنازعة، وعلى كل فالمحكوم به هو الحق، وهذا إما أن يكون حقاً خالصاً لله أو للعبد أو مشتركا بينهما وأحدهما غالب، ويلزم أن يكون الحق المحكوم به معلوما(٢).

٤- المحكوم عليه، وهو من يصدر الحكم ضده، والمحكوم عليه فى حقوق الشرع من يستوفى منه حقه سواء أكان مدعى عليه أو لا، والمحكوم عليه قد يكون واحداً وقد يكون متعدداً(٣).

٥- المحكوم له وهو المدعى بحق له خالصاً أو يغلب فيه حقه، فلابد من أن يدعى الحق المحكوم به وطلب الحكم له به سواء بنفسه أم بواسطة نائب، وكذا لابد من أن يكون حاضراً هو أو نائبه(٤).

ومن هذا نتبين أن القضاء إنما يكون فى حادثة أى من خصم على خصم بدعوى صحيحة فخرج عن القضاء ماليس بحادثة وما كان من العبادات (٥).

---

(١) وهناك من أقسام الحكم منع تعرض المدعي عليه للمدعي فيما في يده وهذا وإن لم يعرف قديماً فإن الحاجة قد دعت إلي سماع هذا الطلب - راجع شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ الغزي ص ٤٦٦ / ٤٦٧.

(٢) إذا كان الحق المحكوم به خالصاً للعبد أو حقه غالباً فيه لابد من أن يكون المدعي هو صاحب الحق نفسه أو نائبه ويسمي المدعي وهو من لايجبره علي الخصومة إذا تركها. بخلاف ما إذا كان غالب الحق أو كله لله إذ هنا تكون الدعوي حسبة تقوم بها في عصرنا الحاضر النيابة العامة لأنه حق المجتمع كما يري الأحناف. خلافا للشاطبي، راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

(٣) وقد يكون غير متعين كأن يحكم لشخص بالحرية الأصلية في دعوي شخص أنه معتقه لأجل أن يرثه بسبب ولاء العتاقة راجع ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٢٨.

(٤) إذا كان المحكوم له هو الشرع كما في حقوقه المحضة أو التي غلب فيها حقه فإنه لايشترط الدعوي كما قدمنا.

(٥) حاشية الطحطاوي جـ ٣ ص ١٧٣..

طرق الإثبات الموصلة للحكم :

يجب ليفصل القاضى فى الخصومة المعروضة عليه، وليكون قضاؤه محققاً للعدالة أن يعلم بوقائع الدعوى وأن يعلم بحكم الله فيها.

وأما علمه بوقائع الدعوى فيكون إما بمشاهدته حوادثها وإما بوصولها إليه بطريق التواتر وإلا كان ماصل إليه يفيد ظناً لاعلماً، ولما كان الوقوف عند هذا فيه ضيق بالناس وحرج ويسبب ضياع كثير من الحقوق، أجاز الشارع قبول الحجة الظنية بعد أخذ الحيطة، واكتفى فى العلم بوقائع الدعوى أن يكون عن طريق إقرار المدعى عليه أو سماع شهادة الشهود العدول مع احتمال كذب المقر وكذب الشهود. لكن المعتاد ألا يكذب الإنسان على نفسه بحق يلزمه، كما أن المعتاد أن الشهود العدول لايكذبون، وعلى كل فهو ماتقتضيه الضرورة.

وأما علمه بحكم الله فهو يكون من معرفته بالنصوص القطعية فى المسألة أو ما أجمع عليه المسلمون، وإلا فيكون بالاجتهاد وهو مبنى على غلبة الظن أيضاً وهذا ما ستتكلم عنه فيما بعد.

وطرق العلم بوقائع الدعوى كما يرى ابن القيم هى أى حجة تؤيد الدعوى. وذكر من البينات ستا وعشرين نوعا[1]

لكن كثيراً من الفقهاء ومنهم ابن عابدين[2] قد حصروها فى أمرين: الدعوى، والحجة.

أما الدعوى فهى فى الاصطلاح الفقهى قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قبل غيره، أو دفعه عن حق نفسه. بينما هى عند القانونيين إمكان الالتجاء إلى القضاء. أما نفس الترافع فليس حقيقة الدعوى عندهم.

(١) في كتابه الطرق الحكمية الذي وضعه خاصة لهذا الموضوع وتكلم عنها من ص ١٢١ إلي ص ٢١٩

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٣٢٨ ، ٤٦١ وما بعدها.

والمدعى لايجبر على الدعوى إذا تركها، أما المدعى عليه فإنه يجبر، ولابد لصحتها من عرضها فى مجلس القضاء وأن تكون من خصم على خصم، والأصل أن يكون الحق المدعى به معلوماً والادعاء به معقولا وأن تتضمن الدعوى طلب إلزام الخصم بشيء وإلا كانت عبثاً. ولابد بعد الادعاء من أن يجيب المدعى عليه عنها فلو سكت اعتبر منكراً. فإن أقر المدعى عليه بالدعوى أو أنكر وأثبتها المدعى بإحدى الحجج المذكورة حكم القاضي، وإلا فإذا عجز عن الإثبات حلفه الحاكم بناء على طلب المدعي(١) وقضى بعد ذلك بمقتضى النكول أو حلف اليمين.

وأما الحجة فرأوا أنها سبعة أنواع(٢) : الإقرار والبينة واليمين والنكول والقسامة، وعلم القاضى بما يريد أن يحكم به، والقرائن الواضحة التى تصير الأمر فى حيز المقطوع به.

والإقرار فى الوقائع مظهر لثبوت المقر به، وما على القاضى إلا أن يأمره بتنفيذ ما ألتزمه بالإقرار، فالحق إذاً لايثبت معه بالقضاء، والبينة- التى هى عبارة عن الشهادة كما يرى الفقهاء - لاشك فى أنها طريق للقضاء بالحق إذا اتصل بها القضاء، واليمين اعتبر طريقاً للقضاء فى الظاهر لأنه يقطع النزاع عادة وإن كان ترك الحق المدعى به فى يد المدعى عليه أساسه العجز عن إثباته لاقضاء له بيمينه، ونكول المدعى عليه أيضاً عن حلف اليمين الموجه إليه لايوجب الحق إلا إذا اتصل بمجلس القضاء فهو يفترق عن الإقرار فى هذا، والقسامة جعلتها السنة طريقاً للقضاء بالدية وإن كانت فى الواقع داخلة فى اليمين، وعلم القاضى المستفاد له من مجلس القضاء والنظر فى الدعوى يكون طريقاً للقضاء، وأما علمه الحاصل من غير ذلك فالراجح أنه لايكون طريقاً للقضاء لفساد الزمان، والقرينة القاطعة

---

(١) إلا في دعوي الدين علي الميت. وذكر ابن عابدين أموراً أخري جـ ٤ ص ٤٦٥.

(٢) وطرق الإثبات في القانون المدني المصري الإثبات بالكتابة والبينة وبالقرائن وبالإقرار وباليمين وبالنكول وقد تضمنتها المواد من ٣٨٩ إلي ٤١٧ من نصوص القانون المدني ١٣١ لسنة ١٩٤٣. وفي قانون المرافعات المواد (١٨٥ / ١٨٨) ، (٢٢٥ / ٢٥٢) أن معاينة المحكمة لمحل النزاع والمعاينة بمعرفة أحد الخبراء الفنيين يعتبر من طرق الإثبات.

طريق للقضاء كما يرى ابن الفرس وهو غريب كما يرى غيره لأنه لم يعرف عن الأئمة. ويجدر بنا هنا أن نشير إلى كل حجة من هذه الحجج بكلمة موجزة.

الاقرار:

وهو الإخبار بثبوت حق[١] للغير على نفس المقر[٢] باللفظ أو مافى حكمه، وهو وإن كان من أقوى [٣] الحجج إلا أنه حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره[٤]. والإقرار يكون باللفظ أو الإشارة بالنسبة للأخرس ومعتقل اللسان الذى صارت له إشارة معلومة فى غير الزنا ونحوه مما يدرأ بالشبهة كما يرى الإحناف[٥]. أما الناطق غير معتقل اللسان فالأصل عدم اعتبار إشارته إذ لا تقبل إلا فى بعض المستثنيات كالإقرار بالنسب، كما يصح الإقرار بالكتابة. وإن كان قد منع فريق الاحتجاج بها لأن الخطوط قابلة للتشابه والمحاكاة، غير أن الكتاب والسنة والإجماع كلها تفيد حجية الإقرار بها[٦] ما دام لم توجد فيها شبهة التزوير، وقد

(١) وفي القانون المدني المادة ٤٠٨ تنص علي أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوي المتعلقة بهذه الواقعة، ويتعدي أثر الإقرار إلي ورثة المقر أيضا فيصح الاحتجاج عليهم بما حواه ولا يتعدي أثره إلي غيرهم كالدائن أو الشريك أو الورثة فيما بينهم، كما أنه من حق خصم المقر سماع دلائل أخري علي دعواه رغم صدور الإقرار وذلك ليتعدي الحكم إلي غير المقر- راجع هذا المعني في الوسيط جـ١ ص ٤٩٦ إلي ٥٠٣.

(٢) ولو في المستقبل ليدخل ما لو أقر بمجلس القضاء أن الدار التي في يد فلان هي لشخص آخر فإذا ملكها المقر في المستقبل عومل بإقراره.

(٣) وكذلك في المادة ٤٠٩ تنص الفقرة الأولي (الإقرار حجة قاطعة علي المقر)

(٤) إلا في بعض صور ذكرت في كتب الفقه ويمكن مراعاتها في كتاب الطرق الحكمية لابن القيم، والأصول القضائية لعلي قراعة، وطرق القضاء لأحمد إبراهيم، وغيرها من كتب الفقه.

(٥) وفي المغني جـ٨ ص ١٩٥ «إن الأخرس الذي تفهم إشارته يقام عليه الحد عند القاضي والشافعي وبعض أصحاب مالك خلافاً للأحناف لأن الإشارة عندهم تحتمل ما يفهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة في دره الحد»

(٦) وقد اعتبر القانون المدني الكتابة حجة في إثبات الالتزام، وتضمنت المواد من ٣٩٠ إلي ٣٩٩ ذلك وبينت أن الإثبات بالكتابة إما أن يكون بطريق الأوراق الرسمية وهي حجة بما دون فيها (مادة ٣٩١) – وأن الورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها مالم ينكر صراحة ماهو منسوب إليه من خط أو إمضاء (مادة ٣٩٤)

اتسع فى عصرنا علم أهل الخبرة فى معرفة الخطوط، كما عرفت الأوراق الرسمية وغير الرسمية[١]، وأنها كلها حجة على المقر نفسه أو من يقوم مقامه فيما ورد فيها من إقرار، ويمكن أن يتجه إلى الأوراق غير الرسمية الإنكار والطعن بالتزوير. أما الإقرار فى الأوراق الرسمية فإن حجته قاطعة ويكون حجة على الغير بالنسبة لحدوثه فلا يمكن ادعاء عدم صدور هذه الورقة منه بالإنكار وإنما فقط بدعوى التزوير[٢].

والأصل أنه متى أقر المدعى عليه بالحق حكم القاضى للمدعى دون حاجة إلى سماع بينة منه غير أنهم استثنوا مسائل تسمع فيها البينة مع الإقرار بناء على طلب المدعي[٣] لأن البينة تتعدى لغير المقر، والمقصود بالدعوى هو أن يتعدى الحكم إلى الغير منعاً للضرر.

---

(١) والورقة غير الرسمية تشمل الورقة العرفية الثابتة التاريخ والأوراق الخاصة أيضاً ويلحق بها دفاتر التجار، وقد تضمنت المواد ٣٩٦ إلي ٣٩٨ ذلك وألحقت بالأولي بالورقة العرفية الرسائل الموقع عليها والبرقيات إذا كان أصلها المودع بمكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها. والورقة غير الرسمية إذا لم ينكرها صراحة من نسبت إليه أصبحت في قوة الرسمية فلا يملك بعد ذلك إنكارها وإنما فقط يتجه إليها الطعن بالتزوير، أما إذا أنكر صراحة أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه فعلي المحتج بها عبء إثبات صدورها منه وذلك بأن يطلب إحالتها علي التحقيق. راجع الوسيط للسنهوري جـ ٢ ص ١٨٨ / ١٨٩.

(٢) وقد فرقت المادة ٢٦١ من قانون المرافعات بين الإنكار والادعاء بالتزوير وأفادت أن الإنكار إنما يرد علي الأوراق غير الرسمية، أما ادعاء التزوير فيرد علي الرسمية وغير الرسمية المواد من ٢٨١ إلي ٢٩١ من قانون المرافعات تضمنت إجراءات الإدعاء بالتزوير.

(٣) ومع هذا فقد استثنوا أموراً يطلب فيها القاضي البينة رغم صدور الإقرار، ومن الأول ما إذا ادعي بعض الورثة ديناً علي الميت فأقر أحد الورثة فإن علي المدعي أن يقيم البينة علي حقه مع الإقرار ليكون حقه في كل التركة، ومن هذا ما إذا ادعي شخص أن فلاناً المتوفي أقامه وصيا علي أولاده قبل موته وأن فلاناً المدعي عليه مدين له بمبلغ كذا فصدقه المدعي عليه في الوصاية فإن القاضي لا يثبتها بإقراره حتي يقيم البينة عليها لأن ذمة المدين لا تبرأ بمجرد الإقرار عند إنكار الوصاية.

البينـــة :

وهى فى اصطلاح الفقهاء مرادفة للشهادة[١] ولكن ابن القيم أطلقها على كل مـا يبين الحق، والشهـادة عـبارة عن إخـبار صـادق فى مـجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير، وبذا تدخل الشهـادة المبنية على التسامع فيما يصح قبولهـا فيه كالشـهادة على الموت، وهى واجبة فى غـير ما يدرأ بالشبـهة لقول الله تعالى ﴿ولا يأب الشـهداء إذا مادعـوا﴾ أى لايمتنعوا عن أدائهـا إذا دعوا إلى ذلك لدى الحاكم، وبالشـهادة المسـتوفيـة لشروطها يظهـر الحق للقاضى ويجب القـضاء بمقتضاها[٢]. هذا وقد بين الفـقهاء الشـروط الواجب توافرها حتى تكون الشـهادة مقبولة واجباً الأخذ بها، كمـا بينوا من تقبل شهادته ومن لاتقبل، وحكم اختلاف الشهـادة عن الدعوى واختـلاف شهادة أحدهمـا عن شهادة الآخـر، والرجوع فى

---

(١) وكذلك في القانون المدني كما هو مفـهوم المواد من ٤٠٠ إلي ٤٠٣ - فقد تضمنت المادة ٤٠٠ ما يفيد عدم جواز إثبـات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته علي عشـرة جنيهات أوغير المحدد القيـمة بالبـينة إلا باتفاق أو نص يقضي بـغير ذلك. ويجـور الإثبات بالبيـنة إذا كانت زيادة الالتزام علـي عشرة جنيـهات لم تأت إلا من ضم الفـوائد والملحقـات إلي الأصل علي أنه إذا اشتملت الدعوي علي طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لاتزيد قيمته علي عشرة جنيهات ولو كانت في مجموعها تزيد علي هذه القيمة. وتضمنت المادة ٤٠١ أنه لايجور الإثبـات بالبينة ولو لم تزد القيمـة علي عشرة جنيـهات فيما يخـالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي أو كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لايجوز إثباته إلا بالكتابة أو كـان المطلوب في الدعوي تزيد قيمـته علي عشرة جنيهـات ثم عدل الطلب إلي مالايزيد عنها،أما المادة ٤٠٢ فإنها تفيد جوار الإثبـات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مـبدأ ثبوت بالكتـابة والمادة ٤٠٣ تفيد أنه يجـور الإثبات بالبينة فـيما كـان يجب إثباته بالكتابة ولو كان أكثر من عشرة جنيهات إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول علي دليل كتابي وإذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لايد له فيه.

(٢) ومن الدعاوي مـالايقبل فيها شـهادة أقل من أربعة رجال كـالزني ومنها مالا تقـبل إلا شهادة الرجال فقط ويكتفي فيها برجلين عدلين كالحـدود غير الزني وكالدعاوي التي يجب فيها القود في النفس أو الأطراف ومنها ما تقبل فيه شهادة الرجـال والنساء معاً كالدعاوي المتعلقة بالأموال والنكاح والوكالة والوصية والعدة والوقف والصلح والهبـة والإقرار والإبراء، ومنها ما تقبل فيه شهادة النساء منفردات عن الرجال وهذا فيمـا لايطلع عليه الرجال عادة كالولادة وعيوب النسـاء والبكارة، ومنها مـا تقبل فيهـا شهادة رجل واحد كـما في حوادث الصبية التي تقع بينهم في أماكن عملهم أو تعلمهم.

الشهادة، وتحليف الشهود وما تقبل فيه الشهادة بالتسامع[١] إلى غير ذلك كطعن الخصوم على الشهود وحكم تعارض البينات إذا وجد مدعيان وأقام كل منهما بينة، وما يترجح منها[٢] .

اليمين والنكول :

من حق المدعى عند العجز عن إثبات دعواه وإنكار المدعى عليه لها أن يطلب[٣] من القاضى توجيه اليمين[٤] إليه على نفى الدعوى لقول الرسول «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر». واليمين ليس طريقاً لإثبات الحق، وإنما يوجهه المدعى رجاء نكول المدعى عليه فى مجلس القضاء فيقضى له القاضى بالحق.

---

(١) والشهادة السماعية كما يرى رجال القانون جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية والغالب أنها دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضى بها وتقديره لها. راجع الوسيط جـ ٢ ص ٣١٣. والواقع أنه ليس هناك نص تشريعى يجيز هذه الشهادة بل الأصل عدم قبولها لأن صاحبها لايحمل مسئولية شخصية فيما شهد به، ويرى الدكتور السنهورى فى كتابه الوسيط جـ ٢ ص ٣١٥ ، ٣١٦ أنه لا مانع من الأخذ بها إعمالا للمادة الأولى من القانون المدنى التى تقضى بأنه إذا لم يوجد نص تشريعى ولا عرف حكم القاضى بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية وهى تجيزها فى الشهادة بالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصل الوقف وشرائطه والولاء والمهر.

(٢) كقولهم إن البينة التى تقوم على خلاف الظاهر مقدمة على القائمة على الظاهر وبينة الصحة مقدمة على بينة المرض وبينة مدعى فساد النكاح والبيع مقدمة على بينة صحتها، وبينة الجرح أولى من بينة التعديل.

(٣) وهناك وقائع يوجه اليمين فيها دون طلب كما أنه يوجه إلى المدعى نفسه، كالمدعى دينا أو حقاً على ميت لايحكم له بما يدعى إلا بعد أن يحلف أنه ما استوفاه، وهناك مسائل اختلفوا فى جريان الاستحلاف فيها كأن تدعى المطلقة بعد انقضاء العدة أن المطلق قد راجعها فى العدة وهو ينكر، أو ادعى هو ذلك وأنكرت هي، ولا بينة لأحدهما، فيستحلف المنكر عند الصاحبين دون الإمام.

(٤) وقد تضمنت المواد من ٤١٠ إلى ٤١٧ طريقة الإثبات باليمين والنكول وهى فى مجموعها تتضمن أن اليمين نوعان : يمين حاسمة وهى التى يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع، ويمين متممة وهى التى يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التى قدمها الخصم.
وقد تضمنت المادة ٤١٢ عدم جواز الرجوع فى طلب اليمين متى قبل الخصم حلفها، أما اليمين المتممة فإنه يجوز للقاضى الرجوع فى توجيهها ومع هذا فهو غير مقيد بالحكم بموجبه بعد حلفه (المادة ٤١٥، وراجع فى هذا المعنى الوسيط الدكتور السنهورى جـ ٢ ص ٥٨٦)

وإذا وجه القاضي اليمين فإنه يطلب من المدعى عليه أن يحلف بالله لا بأى شئ آخر لقول الرسول، «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»، فإذا حلف فى مجلس القضاء انقطعت الخصومة بينه وبين المدعى فى هذا النزاع فى الحال والاستقبال على الراجح لأن الإثبات بالبينة بعد العجز عنها نادر، وليأمن المدعى عليه شغب المدعي، والعمل على ذلك، وإن نكل حكم عليه بالحق المدعى به إلا إذا كان قصاصاً بالنفس.

ولما كان النكول فى معنى الإقرار على ماقلنا فهو حجة قاصرة[1] أيضاً، ومن حق المدعى أن يقدم بينة على دعواه كي يمكن أن يتعدى الحكم على الغير.

القسامة :

كانت القسامة طريقاً للقضاء بالدية لأولياء الدم وقد أقرتها السنة، وصورتها: أن يوجد قتيل فى محلة ولم يعلم قاتله، فإذا طالب أولياء دمه بالقسامة وتوافرت شروطها، أجيبوا إلى طلبهم، وحلف خمسون من صالحى الحى يختارهم أولياء القتيل فيحلف كل واحد منهم بأنه لم يقتله ولايعلم قاتله، فإذا حلفوا حكم بالدية على أهل المحلة، ومن نكل حبس حتى يحلف أو يقر.

علم القاضي :

أما علمه المستفاد بعيداً عن نظر الدعوى فقد منعه أبو حنيفة وأجازه الصاحبان، وأما علمه المستفاد أثناء نظر الدعوى نتيجة فحصها والنظر فى أدلتها فإنه يجوز القضاء به اتفاقاً فى غير مايدرأ بالشبهات. ومع هذا فالمتأخرون من الفقهاء رأوا أن القاضى لايقضى بعلمه مطلقاً فى جميع الدعاوى والصور لغلبة الفساد فى هذه العصور، والعمل الآن على ذلك[2].

---

(١) وقد تضمنت المادة ٤١٤ مدني أن كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه. وفي الوسيط للدكتور السنهورى ص ٥٧٠ أن اليمين الحاسمة حجة قاصرة علي الحالف ولا تتعدي إلا إلي ورثته فقط كما أن القانون يفيد أن النكول حجة قاصرة علي الناكل.

(٢) انظر نيل الأوطار للشوكاني جـ ٨ ص ٢٨٧، والمغني جـ ٩ ص ٥٣، وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٥٨ وفي الوسيط لايجوز للقاضي أن يقضي بعلمه لان علمه يكون دليلا فيحق للخصوم مناقشته وهذا لايجوز. ثم قال ولكن هذا لايمنع ان يستعين به فيما هو معروف بين الناس ولايكون علمه خاصا به جـ ٢ ص ٣٣. وقد تضمنت الموسوعة الجنائية جـ ١ ص ٢٦٠ هذا المعني في الإثبات الجنائي.

القرينة القاطعة :

كمن يوجد في مكان ليس به أحد وقد تملكه الذعر والخوف وبيده سكين يقطر منها الدم ووجد شخص ذبيح يسيل منه الدم. وقد اعتبر ابن الغرس القرينة القاطعة[١] هذه طريقاً للقضاء بالحق وعارض فيها الكثير من الفقهاء لأنه قد يكون مع هذا بريئاً.

مايشترط في القاضي :

تكلم الفقهاء كثيراً فيما يشترط في القاضي[٢]. وهم وإن اختلفوا في عدها إلا أنهم في الحقيقة قد تناول كل منهم ما تناوله الآخر جاملا جملة من الشروط في شرط واحد، وبالجملة فإن ما يشترط في القاضي يمكن حصره في الآتي :

الأول - أن يكون رجلا[٣] فلا يصح أن يولى الصبي في القضاء، كما لايصح قضاء المرأة عند الأئمة الثلاثة، وخالف في ذلك الحنفية وقالوا إنه يجوز للمرأة أن تقضي فيما عدا الحدود والقصاص إذ لاتقبل شهادتها فيهما فلا يصح قضاؤها بالأولى فيهما، وفي الهداية والفتح والعناية[٤] عليها «ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها فيهما. إذ حكم القضاء

---

(١) والقرائن في القانون قسمان : قرائن يستنبطها القاضي من وقائع الدعوي وظروفها وله حرية واسعة في تقديرها. الوسيط جـ ٢ ص ٣١٦، وقرائن قانونية يقررها القانون وهي قسمان : بسيطة أي تقبل إثبات العكس وقاطعة فلا تقبل ذلك. انظر المواد ٤٠٤ / ٤٠٧ مدني، والوسيط جـ ٢ ص ٥٩٧ / ٦٢٤.

(٢) الخطيب علي أبي شجاع جـ ٤ ص ٣٢٢ اعتبرها خمسة عشر شرطاً ، والماوردي في الأحكام السلطانية ص ٦١ اعتبرها سبعة شروط، وابن قدامة في المغني جـ ٩ ص ٣٩، وقد تناولها أيضاً الدسوقي علي الدردير جـ ٤ ص ١٢٩، وابن عابدين جـ ٤ ص ٣٢٨، والبدائع جـ ٧ ص ٣، والفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٣٠٧، وشرح مجلة الأحكام العدلية لغزي ص ٤٦٩ وغيرها من كتب الفقه.

(٣) حراً لأن نقص العبد عن الولاية علي نفسه يمنع من انعقاد ولايته علي غيره.

(٤) فتح القدير جـ ٥ ص ٤٨٥.

يستقى من حكم الشهادة إذ كل منهما من باب الولاية، وهى أهل للشهادة فى غير الحدود والقصاص(١).

والأحناف وإن أجازوا قضاء المرأة فى غير الحدود والقصاص، فإن ابن جرير الطبرى قد أجازه لها فى كل شيء يجوز للرجل أن يقضى فيه، وقاسه على جواز إفتائها(٢).

الثانى - العقل وهو مجمع على اعتباره، ولا يكتفى بالقدر الذى يتعلق به التكليف إذ ينبغى أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما اشكل عليه.

الثالث - ان يكون مسلماً لأن الإسلام شرط فى جواز الشهادة على المسلم ولأن الله يقول ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**﴾ فلا يجوز لغير المسلم على هذا القضاء مطلقاً، ومذهب الأحناف أنه يجوز تقليد غير المسلم القضاء على غير المسلمين لأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة والذمى أهل للشهادة على الذمي، ولاضير فى هذا عندهم لأن القضاء يتخصص بالأقضية(٣) أما قضاؤه على المسلم فغير جائز لأن شهادته عليه غير مشروعة.

وقد أجاز الحنابلة وشريح والنخعى والأوزاعى ، وابن مسعود، وأبو موسى والظاهرية والإمامية(٤) قبول شهادته فى وصية المسلم حال السفر، ولعلهم فى هذا

(١) وفي البدائع جـ ٧ ص ٣ «وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد للقضاء في الجملة لأن المرأة من أهل الشهادة في الجملة إلا أنها لاتقضي بالحدود والقصاص لأنه لاشهادة لها في ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة»

(٢) المغني جـ ٩ ص ٣٩، ونيل الأوطار للشوكاني جـ ٨ ص ٢٦٥، والأحكام السلطانية للماوردي ص ٦١ ويقول «ولا اعتبار بقول يرده الإجماع».

(٣) راجع ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٢٩ «فيدخل فيه الكافر المولي علي أهل الذمة فإنه يصح قضاؤه عليهم حالا، وكونه قاضياً خاصاً لايضر، كما لا يضر تخصيص قاضي المسلمين بجماعة معينين».

(٤) المغني جـ ٩ ص ١٨٢ / ١٨٤ ، والمحلي لابن حزم جـ ٩ ص ٤٠٥.

لاحظوا الضرورة. واستنبطوا حكمهم هذا من قول الله تعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم، أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت**﴾. وقال ابن عباس (من غيركم) أى من أهل الكتاب عند الضرورة.

وروى عن عبد الله بن أحمد بن حنبل أنه تجوز شهادة غير المسلم على المسلم فى الميراث قياساً على ما اجازوه فى السفر[١] وقد روى عن مالك أنه أجاز شهادة طبيبين كافرين على المسلم حيث لايوجد مسلم[٢].

ونقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية «وقول الإمام أحمد فى قبول شهادة غير المسلم فى هذا الموضع، هو ضرورة، يقتضى هذا التعليل قبولها فى كل ضرورة حضراً أو سفراً، ولو قيل تقبل شهادتهم مع أيمانهم فى كل شيء عدم فيه المسلمون لكان له وجه ويكون بدلا مطلقاً»[٣] وهذا يفيد أن جواز الإشهاد المذكور بالوصية لايختص بها لدلالة النص على مايساوى الوصية من الحوادث.

كما أن آيتى الإشهاد على التبايع والإشهاد على دفع الأموال لمن بلغ من الأيتام جاءتا مطلقتين عن أى قيد يفيد اشتراط الإسلام فى الشهود على المسلمين يقول الله ﴿**وأشهدوا إذا تبايعتم**﴾ ويقول ﴿**فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم**﴾.

حقا إنه اشترط فى آية أخرى أن تكون الشهادة من ذوى عدل من المسلمين يقول الله تعالى «.. **فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم**﴾ لكن بالتأمل والنظر نجد أن هذه الآية جاءت فى حكم من أحكام الطلاق.

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٧١ الطبعة الأولي سنة ١٩٥٣ المطبعة المنيرية، نيل الأوطار للشوكاني جـ ٨ ص ٢٩٣.

(٢) المرجع السابق ص ١٧٧.

(٣) الاختيارات لابن تيمية ص ٢١٢، والمرجع السابق ص ١٧٩ وذكر نقولا كثيرة تؤيد وجهة نظره وراجع أيضا في ذلك طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٣٤٠ للأستاذ أحمد إبراهيم مطبوع سنة ١٣٧٤ هـ.

وبذا يمكن أن يقال إن شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز فى الطلاق ونحوه مما يندرج تحت أحكام الأسرة «مسائل الأحوال الشخصية» أما فى غير ذلك من المسائل المدنية ونحوها فإنها تجوز الشهادة مع اختلاف الدين.

وبناء على هذا يمكن تصحيح الوضع الحاضر فى القضاء من ناحية السياسة الشرعية مادام أساسه الشهادة فلا يصح قضاء غير المسلم على المسلم فى مسائل الأحوال الشخصية، وإن أمكن التمحل والقول بجواره فى المسائل المدنية ونحوها. وعلى كل فالمسألة ينبغى أن تكون محل نظر لتصحيح الوضع القائم الذى تقتضيه السياسة الشرعية اعتباراً للصالح العام[1]، أما قضاء المسلم على غير المسلم فسنذكره فى موضع آخر إن شاء الله.

هذا كله بالنسبة لقضاء غير المسلم على المسلم، أى الحكم بالفعل، أما من ناحية صلاحيته لتولى القضاء فالمفتى به أنه أهل للتولية، ولذا فإن ولى الأمر إذا ولى فى القضاء غير مسلم ثم أسلم وقضى بين المسلمين صح قضاؤه دون حاجة إلى تولية جديدة، كما أنه إذا كان القاضى مسلماً ثم ارتد ثم أسلم كان على قضائه على الراجح[2].

الرابع - العدالة بأن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم مأمونا فى الرضا والغضب، فلا يجوز تولية فاسق القضاء[3]، وقيل يجوز أن يكون

(١) وما نحن عليه الآن هو ما اتجهت اللجنة العلمية الإسلامية التي وضعت قانون مجلة الأحكام العدلية فإن المادة (١٩٧٤) الخاصة بما يشترط في القاضي، لم تشترط فيه الإسلام، كما أن المادة (١٧٠٥) الخاصة بالشهادة فسرت العدالة المشترطة في الشهود بأن تكون الحسنات أكثر من السيئات ولم تشترط الإسلام لصحة الشهادة، وإذا لاحظنا أن مجلة الأحكام العدلية عالجت المسائل المدنية تاركة مسائل الأسرة لقانون العائلات، نجد أن ماعليه العمل عندنا يتفق مع قانون المجلة المستنبط من أحكام الفقه الإسلامي والذي أشرف على وضعه جمع من كبار العلماء المسلمين. راجع شرح المجلة للأستاذ الغزي جـ٣ ص ٣٤١ / ٣٤٥، ص ٤٧٣.

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٢٩ «ولو قلد الوالي قاضياً غير مسلم فأسلم فهو على قضائه عند محمد..» وراجع الأصول القضائية لعلي قراعة ص ٢٨٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٢٥.

(٣) المغني جـ ٩ ص ٤٠ والخطيب على أبي شجاع جـ ٤ ص ٣٢٢، الدسوقي على الدردير جـ ٤ ص ١٢٩.

القاضى فاسقاً، والراجح عند الأحناف أن قضـاء الفاسق نافذ مادام موافقاً لأحكام الشرع والقوانين الموضوعة له، حتى مع وجود من هو أصلح منه(١).

الخامس - أن يكون عالماً بأصول الأحكام الشرعية مرتاضاً لفروعها حتى يجد طريقاً إلى العلم بأحكام النوازل وتمييز الحق من الباطل. والراجح عند الأحناف(٢) تولية المقلد لأحد المذاهب، وهو رواية عن مالك قال الدسوقى إنها الأصح(٣).

فالعدالة والاجتهاد كما يرى الأحناف، شرطا كمال على ماقلنا، ثم نجد صاحب الفتح ينقل عن الغزالي(٤) «أن اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل. فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلا وفاسقاً. ويقول : وهو ظاهر المذهب عندنا» وقد نقله ابن عابدين أيضاً عن الكمال(٥)

السادس - السلامة فى السمع والبصر والنطق، لأن الأخرس لايمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته، والأصم لايسمع قول الخصمين، والأعمى

---

(١) ولذا فإن الكاساني يقول في البدائع جـ٧ ص ٣ إن العدالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفيذ قضاياه إذا لم يجاوز فيها حد الشرع، وعند الشافعي لايصلح الفاسق قاضياً لأن الفاسق عنده ليس من أهل الشهادة، وعندنا هو من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء، لكن لاينبغي أن يقلد الفاسق فإذا قلده الوالي فعلا جاز التقليد وصار قاضياً تنفذ أحكامه كغيره من القضاء. ومثله في ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٣٠ والفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٣٠٧ والفتح والعناية علي الهداية جـ ٥ ص ٤٥٤.

(٢) وفي الفتح جـ ٥ ص ٤٥٦ أن محمد بن الحسن نص في الأصل علي أن المقلد لايجوز أن يكون قاضياً.

(٣) وفي حاشية الدسوقي علي الدردير جـ ٤ ص ١٢٩ «والأصح أنه يصح تولية المقلد مع وجود المجتهد». وفي الهداية والعناية والفتح «الصحيح أن أهلية الاجتهاد ليست شرطاً للولاية بل للأولوية فأما تنصيب الجاهل فصحيح عندنا .. لأن المقصود من القضاء هو أن يصل الحق إلي المستحق وذلك كما يحصل بالاجتهاد يحصل بالتقليد والقضاء لفتوي الغير» ويقول الكاساني «لو قلد السلطان في القضاء جاهلا جاز عندنا لأنه يقدر علي القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء».، وراجع البدائع جـ ٧ ص ١٤ ومثله في الفتاوي الهندية وسائر كتب الأحناف.

(٤) فتح القدير جـ ٧ ص ٤٥٤.

(٥) جـ ٤ ص ٣٣٠.

لايتكشف الخصوم، وقال بعض أصحاب الشافعي: يجوز أن يكون القاضي ضريرا[١] وكذلك روى عن مالك[٢]، أما سلامة باقي الأعضاء فغير معتبرة في القاضي، وإن كانت السلامة من الآفات أهيب لذوي الولاية[٣].

---

(١) المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٤٠، والخطيب علي أبي شجاع جـ٤ ص ٣٢٤ وفيه «وان يكون سميعاً ولو بصياح في اذنه بصيراً لان الاعمي لايعرف الطالب من المطلوب ويجوز تولية الأعور ومن يبصر نهاراً فقط. وتولية الرسول لابن ام مكتوم علي المدينة وقد كان ضريراً مما جعل مالكا يقول بصحة تولية الأعمي. فإنا نقول إنه استخلفه في الإمامة فقط».

(٢) الدسوقي علي الدردير جـ ١ ص ١٣٠ «وإن قلد الأعمي وقضي نفذ قضاؤه لأن عدمها ليس شرطاً في صحة الولاية ابتداء أو انتهاء بل واجب، ولذا قالوا لو أصيب بشيء من ذلك وجب عزله ونفذ ما أصدره من احكام».

(٣) الماوردي ص ٦٢.

المبحث الثالث
التنظيم القضائى فى الإسلام

طريق تعيين القاضى وعزله :

قلنا إن كل مجتمع لابد له من حاكم ينظمه ويدير أموره ويرعى مصالحه، والحاكم العام لايستطيع أن يباشر بنفسه جميع السلطات فى الدولة، ولابد له من أعوان يكونون بمثابة وكلاء عنه يختص كل منهم بإدارة مرفق من مرافق الدولة، ومن هذا ولاية القضاء(١)، فلابد من الإنابة فيها وتولية قضاة عليها لأن نصب القاضى فرض، ولا فرق بين أن يقع التوكيل للقاضى من السلطان نفسه أو بواسطة أحد نوابه الذين خصهم بإدارة هذه الولاية، وعلى هذا فإن الحاكم يستند فى نفاذ حكمه على تفويضه من قبل ولى الأمر باعتباره يمثل الأمة.

ووكالة القاضى عن الحاكم العام أو نائبه لاتمنع من جواز نظره الخصومات التى يكون السلطان أو نائبه طرفا فيها، وأن يحكم له أو عليه حسب ماتقتضيه العدالة ويتجه الإثبات، فهذا أمير المؤمنين على بن أبى طالب قد خاصمه أحد اليهود عند القاضى شريح المولى من قبله، وهذا هارون الرشيد قد خاصمه أحد المسيحيين عند القاضى أبى يوسف المولى من قبله، وقد حكم القاضيان على الخليفتين إذ كان الحق مع خصمهما(٢).

---

(١) القضاء في الإسلام كما أشرنا لا يحتكر فض المنازعات وإنما يشاركه فيها أيضاً نظام التحكيم، وولايتا المظالم والحسبة، وهذه وإن كان بينها وبين القضاء كثير من أوجه الاختلاف والمفارقة إلا ان ذلك يختلف بالنسبة لبعضها عن الآخر.

وهناك أيضاً نظام الإفتاء وهو أشبه بقسم الرأي عندنا في مجلس الدولة غير أن هذا ليس قوة ملزمة فهو فقط مرشد وكاشف قد يقتنع المستفتي بالفتوي ويطمئن إلى أن الحق ليس معه فيعدل عن التقدم للقضاء، أو تعزز رأيه هذه الفتوي فيقتنع خصمه ويسلم له بوجهة نظره وينتهي ما بينهما من خلاف، أو يسارع إلي عرض الأمر علي القضاء متشجعا بهذه الفتوي.

(٢) والذي نعتقده أن الحق كان معروفاً لهما، وأنهما تعمدا ذلك ليختبرا قوة القضاة في الحق ولو كان في جانب ذمي وضد الخليفة وليكون ذلك سنة من بعد.

ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر[١] إذا كان يمكنه من القضاء بالحق ولا يتدخل فى قضائه، وإلا فإنه ينبغى ألاَّ يتقلد القضاء منه»وعلى كل فمن يتقلد القضاء من السلطان الجائر الذى يتدخل فى القضايا ويوجه القضاء إلى غير الحق فإن أحكامه تنفذ، فإذا تغير العهد وتولى الحكم وال عادل صح إعادة النظر فى الأحكام ونقض ماكان مخالفاً للعدل منها[٢].

وأيًا ما كان فإنه لابد من تولية السلطان أو نائبه للقاضى، فلا يصح أن يولى نفسه ولا أن يتولى القضاء من قبل أفراد الشعب فإنه إذا اجتمع أهل بلدة على رجل وجعلوه قاضياً يقضى فيما بينهم لايصير قاضياً[٣] وإنما يكون حكماً.

وللحاكم العام عزل القاضى المولى من قبله إذا وقع منه مايقتضى العزل وإلا فإن الأولى أنه لايعزله دون مقتض، وهو مذهب الشافعى لأنه عقده لمصلحة المسلمين وقد تعلق به حق الأمة فلا يملك عزله مع سداد حاله[٤] ومثله فى ذلك مثل الوكالة إذا تعلق بها حق الغير.

---

(١) وفي الفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٣٠٧ «والإسلام ليس بشرط في السلطان الذي يولي القضاء كذا في التتارخانية».

(٢) وفي الفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٣٠٧ «ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر الذي يمكنه من القضاء بالحق» أما إذا كان لايمكنه من القضاء بالحق فلايتقلد منه .. وإذا غلب أهل البغي علي مدينة واستعملوا عليها قاضياً فقضي بأشياء ثم ظهر أهل العدل علي تلك المدينة فرفعت قضاياه إلي قاضي أهل العدل فإنه ينفذ منها ماكان عدلا، وإذا كان القاضي نفسه من أهل البغى فإن حكمه ينفذ - مادام بحق - لأنهم بمنزلة الفساق والفاسق يصلح قاضياً علي أصح الأقاويل» وراجع في الموضوع الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٦، والتبصرة لابن فرحون جـ ١ ص ١٥، والمغني جـ ٩ ص ٣٨.

(٣) الفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٣١٥.

(٤) المغني لابن قدامة جـ ٨ ص ١٠٣ وقيل: يملك عزله دون أن تقع منه خيانة لما روي أن علياً ولي أبا الأسود ثم عزله فقال:لم عزلتني وما خنت ولا جنيت؟ فقال : إني رأيتك يعلو كلامك علي الخصمين، ولأن ولي الأمر يملك عزل أمرائه وولاته على البلدان فكذلك قضاته،» وراجع أيضا الخطيب علي أبي شجاع جـ ٤ ص ٣٢٧.

ولاينعزل القاضى بمجرد صدور قرار العزل، وإنما بمجرد علمه بذلك، وقال أبو يوسف إنه لاينعزل حتى يصل خلفه صيانة لحقوق الناس.

كما أن للقاضى أن يعزل نفسه ويكون ذلك باستقالته من عمله، والجمهور على أن عزله لنفسه لايتوقف نفاذه على علم الموكل لأنه ليس فى هذا إبطال حق أحد. وقيل إنه لايكون معزولا حتى يعلم من ولاه، والقياس على رأى أبى يوسف يقتضى أنه لاينعزل أيضاً حتى تقبل استقالته، وهذا هو المطابق لما عليه العمل الآن.

وعلى هذا فأحكامه بعد عزل ولى الأمر له وقبل تبليغه تكون نافذة، وكذلك فإن أحكامه التى يصدرها قبل أن يبلغ بقبول استقالته تكون نافذة[١].

ولو مات أو خلع السلطان أو نائبه الذى ولى القاضى فإنه لاينعزل[٢] ولا يحتاج إلى تعيين جديد لأنه فى الواقع إنما يستمد ولايته القضائية من الولاية العامة الحاصلة لولى الأمر بتولية الأمة له فهو فى الحقيقة وكيل عن الأمة ويحكم باسمها وليس وكيلا عن السلطان ذاته.

هل للقاضى أن يبدى رأيه فيما يصح أن ينظر أمامه؟

ذهب بعض الفقهاء من أصحاب أحمد بن حنبل والشافعى إلى أنه يكره للقاضى أن يفتى فى مسائل الأحكام المتعلقة به دون مسائل العبادات التى من شأنها الا تنظر أمام القضاء كالطهارة والصلاة والصوم ونحوها؛ لأنه قد يعرض عليه الموضوع فى خصومة قضائية فيكون هذا إبداء رأى منه فى المسألة ولأنه قد يتغير رأيه وقت الخصومة ويهديه اجتهاده إلى غير ما أفتى به، أو تظهر له قرائن فى مجلس القضاء لم تظهر له عند الإفتاء، فإن أصر على فتياه والحكم بموجبها حكم بخلاف مايعتقد صحته، وإن حكم بخلافها تطرق الشك إلى نفس الخصم، ولذا

(١) تبصرة ابن فرحون جـ ١ ص ٦١ وراجع أيضا حاشية الدسوقى وشرح الدردير على خليل جـ ٤ ص ١٣٤ إلى ١٣٧.

(٢) الخطيب على أبى شجاع جـ ٤ ص ٣٢٨.

فإنه روى عن القاضى شريح أنه حينما كان يستفتى فيما يصح أن ينظر أمام القضاء يقول «أنا أقضى لكم ولا أفتي»(١)

قاضي القضاة واختصاصه :

كان القضاة فى عصر الرسول والخلفاء يعينون من قبل الخليفة، أو يفوض الخليفة لولاة الأمصار أمر اختيارهم وتعيينهم، وكان كل قاض مستقلا عن غيره فلا سلطان لقاض على قاض آخر، ولا امتياز لقاضى حاضرة الخلافة على غيره فهو واحد منهم، واستمر الأمر على هذا الحال فى عهد الأمويين أيضاً.

غير أنه فى العهد العباسى وفى خلافة هارون الرشيد أنشئت وظيفة قضائية جديدة هى وظيفة قاضى القضاة، يعين فيها الخليفة من يقع عليه اختياره ويفوض له أمر القضاء فيستخلف غيره عنه ويقلد من يرى صلاحه(٢) وظيفة القضاء فى مختلف بلاد الخلافة القريب منها والبعيد، ويعزل منها من كان يستحق العزل، كما يقبل استقالة من عزل نفسه من القضاء إن رأى فى ذلك مصلحة، كما كان له أن يتفقد أحوال القضاة فينظر فى أقضيتهم ويراجع أحكامهم. ويتلمس أخبارهم ويتحسس سيرتهم بين الناس، وهو الذى يمثل ولاية القضاء بصفة عامة، وسلطانه فيها غير قاصر على النواحى الإدارية فقط، وإنما يتناول أيضاً الناحية الفنية التى يتعرفها بالتفتيش على قضاياهم، بل كان له حق نقض الأحكام أيضاً، فهو كما يقول صاحب الدر(٣) «إن قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقاً» وكان أول

(١) إعلام الموقعين جـ ٤ ص ٢٢٠ وقيل يصح أن يفتي فيما يستفتي فيه إذ لافرق بينه وبين غيره في جواز الإفتاء لأن منصب الإفتاء داخل في ضمن منصب القضاء، وفي الدردير علي خليل جـ٤ ص ١٣٩ «ويكره للقاضي أن يفتي في خصومة وإن لم تقع» وفي حاشية الدسوقي عليه «وظاهر كلام ابن عبد السلام المنع »

(٢) وقيل إنه لايجوز له أن يختار والده أو ولده، وقيل يجوز إذا توافر شرط الصلاحية لدخولهما في عموم الإذن. راجع المغني جـ ٩ ص ١٠٦.

(٣) الدر المختار علي تنوير الأبصار جـ ٤ ص ٣٥٦، وراجع في هذا أيضاً تبصرة ابن فرحون جـ ٤ ص ٤١ / ٤٢، وحاشية الدسوقي علي الدردير جـ ٤ ص ١٣٣، والخطيب علي أبي شجاع جـ ٤ ص ٣٢٦، وفتح القدير جـ ٥ ص ٣٨٦، والمغني جـ ٩ ص ١٠٥.

من عين في هذه الوظيفة أبو يوسف الفقيه الحنفي والذى عمل على تقليد وظيفة القضاء لأتباع المذهب الحنفي.

القضاء يتخصص بالمكان، والزمان والأقضية :

أولا - تعيين دار وأيام للقضاء فيها «فكرة المحكمة» :

(أ) عرف الفقه الإسلامى فكرة تخصيص مكان معين فى البلد أو الجهة يحضر فيه القاضى والمتقاضون وتقام الدعوى أمامه فيه بحيث لايتعداه، ولاعبرة بما يصدره من أحكام خارج هذا المكان، لأن ولايته القضائية بهذا التخصيص تكون مقصورة على من ورد إلى هذا المكان، ولذلك صار حكمه فيها شرطاً[1]، وهذا هو المطبق حالياً من تعيين دار «المحكمة» ليقضى فيها القاضى بحيث لايعتبر حكمه إلا إذا كان صادراً بها.

(ب) وكذلك فقد عرف الفقه الإسلامى فكرة تقييد القاضى بأيام خاصة فى الأسبوع يقام فيها مجلس القضاء وتنظر الدعاوي، بحيث يكون ممنوعا من النظر فى الدعاوى فى غير هذه الأيام، كى لايفوت على أحد من المتخاصمين أو من تعلق حقهم بإحدى الدعاوى أى حق. فإذا انقضت هذه الأيام من الأسبوع لم تزل ولايته لبقائها على أمثالها من أيام الأسابيع الأخرى[2].

---

(١) الأحكام السلطانية الماوردي ص ٦٩ / ٧٠ «ولو قلد الحكم فيمن ورد إليه في داره أو في مسجده صح ولم يجز له أن يحكم في غير داره ولا في غير مسجده لأنه جعل ولايته مقصورة علي من ورد إلي داره أو مسجده فلذلك صار حكمه فيهما شرطاً ..»

فكرة تعيين مجلس ثابت للقضاء قد عرف من قديم في الفقه الإسلامى لا كما يقول الزميل الدكتور أحمد مسلم فى كتابه أصول المرافعات طبعة سنة ١٩٥٧ ص ٦٤ : «إنها فكرة يتلمسها الباحث تلمساً دون ان يصل إليها نصاً».

(٢) الماوردي ص ٧٠ «ولو قال قلدتك النظر بين الخصوم فى كل يوم سبت جاز وكان مقصور النظر فيه فإذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته لبقائها علي أمثاله من الايام وإن كان ممنوعاً من النظر فيما عداه من الايام».

ثانيا - الاختصاص المكانى :

وكذلك فقد عرف الفقه الإسلامى تقييد القاضى بالقضاء فى بلدة معينة أو ناحية منها فلا تكون له ولاية قضائية على أى جهة أخرى غيرها، وإنما ولايته على سكان هذه الجهة المقيمين فيها دون الطارئين عليها، أو على المقيمين والطارئين(١) بحيث يشمل الحوادث الواقعة فى دائرة اختصاصه دون نظر إلى محل إقامة المتخاصمين، وذلك حسب قرار ولى الأمر أو نائبه عند تقليد القضاء أو بعد ذلك.

ومع هذا فعند قصر النظر على سكان هذه الجهة فإن العبرة عند اختلاف محل الإقامة هو موطن المدعى عليه دون نظر لمحل إقامة المدعى لأن ذمة المدعى عليه بريئة حتى يثبت العكس فليس من العدل تكليفه عناء الانتقال والمشقة قبل ثبوت شغل ذمته أو عدوانه. على أن هذه القاعدة لها بعض استثناءات روعى فيها مصلحة خاصة للتيسير كأن تكون المدعية زوجة تطالب بنفقة أو حضانه على ماهو مبين فى الدعاوى والمرافعات.

ثالثا - الاختصاص النوعى :

وهو أن يخصص ولى الأمر القاضى عند تقليده القضاء، أو بعد تقليده بنوع معين من القضايا كالأحوال الشخصية، أو المدني، أو التجاري، أو الجنائى إلى غير ذلك، فلا يصح له أن ينظر فى نوع آخر غيره لا فى دائرة اختصاصه المكانى ولا فى غيره بالأولي(٢).

كما يصح أيضاً مع هذا جعل القضاء فى النوع الواحد على درجات فيخصص قاض بنظر بعض الأنواع التى تكون قيمة النزاع فيها لا تتجاوز مبلغا معيناً على أن تنظر هذه الدعاوى التى تزيد قيمتها عن ذلك القدر أمام قاض آخر.

---

(١) راجع المغنى جـ ٩ ص ١٠٥ : «ولو قلده النظر فى بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير سكانه» ومثله فى الماوردي.

(٢) الماوردى ص ٧٠ «وإذا قلد قاضيان على بلد ويرد إلى أحدهما نوع من الأحكام وإلى الآخر غيره كرد المداينات إلى أحدهما والمناكح إلى الآخر فيجوز ذلك ويقتصر كل واحد منهما على النظر فى ذلك الحكم الخاص ...» ومثله المغنى جـ ٩ ص ١٠٥ وابن عابدين جـ ٤ ص ٣٧٧ والدسوقى على الدردير جـ ٤ ص ١٣٤.

فهذا عمر بن الخطاب يقول لأحد قضاته «رد عنى الناس فى الدرهم والدرهمين» كما روى أبو عبد الله الزبيرى أن الأمراء بالبصرة يستقضون القاضى فى مكان معين يحكم فى مئتى درهم وعشرين ديناراً فما دونهما ويفرض النفقات ولا يتعدى موضعه ولا ماقدر له[١].

بل عرف الفقه الإسلامى تخصيص القاضى بنظر قضية معينة بين خصمين فلا ينظر قضايا أخرى بين غيرهما من الخصوم، وإذا فصل فى هذه الخصومة التى وكل إليه النظر فيها زالت ولايته عليهما، فإذا جدت خصومة أخرى احتاج إلى إذن جديد[٢]. ومن هذا ماحدث فى إبان حكم الثورة من تولية القضاء لأفراد ليقضوا فى قضايا سياسية خاصة، على أن تنتهى ولايتهم القضائية بمجرد الفصل فيها.

رابعا - عد سماع دعاوى معينة :

ويصح أيضاً تخصيص القضاء باستثناء بعض الحوادث ومنع القاضى من سماعها، وهذا الاستثناء إما أن يكون عاما أى من النظام العام والمنع فيه لايتوقف على طلب الخصم، وإنما يجب على القاضى من نفسه مادام قد تنبه إليه. وهذا كعدم سماع الدعوى لمضى المدة فإن الفقهاء قالوا إن القاضى يمنع من سماع دعوى الوقف ودعوى الإرث إذا مضى على الاستحقاق ثلاث وثلاثون سنة بلا عذر يمنع من الادعاء به؛ لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً [٣]، ومثله ما إذا نهى ولى الأمر عن سماع الدعوى بحق إذا مضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة مع إنكار الحق وعدم العذر المانع من الادعاء، ودرءاً للمفاسد ومنعاً لدعاوى الزور إذ الحق نفسه لايسقط بتقادم الزمن[٤] فلو حكم القاضى فى شيء من هذا رغم مضى المدة كان الحكم مستحقاً للنقض، ومن ذلك أيضاً أمر الوالى بعدم سماع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجة وقتها أقل من ست عشرة سنة، أو كان سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة، إلى غير ذلك مما منع ولى الأمر قضاته

(١) المصادر السابقة (٢) المصادر السابقة. (٣) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٧٩.

(٤) المصدر السابق ص ٣٧٧ وانظر المادة (٣٧٥) من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١.

من سماعه[١] وهذا من حقه شرعاً لأن القضاء كما قلنا يتقيد ويتخصص، وفى الفتاوى الهندية[٢] «ويجوز استثناء سماع بعض الحكومات أو سماع خصومة رجل بعينه ولا يصير قاضياً فى المستثني».

اشتراك أكثر من قاض في نظر الدعاوي :

وكون الدعوى ينظرها أكثر من قاض واحد فى بعض أنواع القضايا أمر أجازه الفقه الإسلامى وعرفه، لأن القاضى نائب السلطان، وهو نوع من الوكالة على ماقلنا. وللموكل أن يوكل عنه أكثر من واحد مجتمعين دون أن يأذن لأحدهم بالانفراد، فكذا فى القضاء يصح إنابة ثلاثة قضاة مثلا أو خمسة ليشتركوا مجتمعين فى نظر بعض الدعاوى التى يجعل لهم ولى الأمر حق النظر فيها. وعندئذ لايصح لواحد منهم أن ينفرد باستماع إحدى الدعاوى أو الفصل فيها، وإذا فعل أحدهم شيئاً من ذلك فلا اعتبار لما فعل لأن مجموعهم فى هذه الحالة إنما هو عبارة عن الفرد الواحد، إذ عقد الإنابة يفيد أن كل واحد منهم يعتبر معزولا عن القضاء بمفرده لأنه لم ينصب لذلك مستقلا بل مشتركا مع الآخرين، وهذا مما يمكن فيه الاشتراك. والواقع أن كتب الفقه[٣] نقلت خلافا فى المسألة يفيد أن

(١) انظر المادتين ٩٨ ، ٩٩ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٢١.

(٢) جـ ٣ ص ٣١٥ وراجع ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٧٧، التبصرة جـ ١ ص ٣٧.

(٣) وفي المغني جـ ٩ ص ١٠٥ « فإن قلد ولي أمر قاضيين أو أكثر عملا واحداً في مكان واحد فيه وجهان : أحدهما لايجوز وهو أحد وجهين لأصحاب الشافعي لأنه يؤدي إلي إيقاف الحكم عند الاختلاف في الاجتهاد. والثاني يجوز وهو قول أصحاب أبي حنيفة وهو أصح إن شاء الله. لأن الغرض فصل الخصومات وإيصال الحق إلي مستحقه وهذا يحصل فأشبه القاضي» وفي الخطيب علي أبي شجاع جـ ٤ ص ٣٢٦ «وجاز نصب أكثر من قاض بمحل إن لم يشترط اجتماعهم علي الحكم لأن اجتهادهم مختلف غالبا» ويمكن أن نقول إن الحكم يكون بحكم الأغلبية عند الاختلاف ولذا يلاحظ دائماً عند تعدد القضاة أن يكون عددهم فردياً ثلاثة أو خمسة.

وفي الفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٣١٧ «وإن قلد السلطان قضاء ناحية إلي رجلين فقضي أحدهما لايجوز كالوكيلين».

وفي التبصرة جـ ١ ص ١٧ ، ١٩ ، وفي الدسوقي جـ ٤ ص ١٣٤، وفي شرح التادي المسمي بحلي المعاصم بهامش البهجة في شرح التحفة جـ ١ ص ١٩ أنه لايجوز، وهي كتب علي المذهب المالكي.

الأحناف والحنابلة وبعض الشافعية يجيزون ذلك خلافا للمالكية وبعض الشافعية، والمانعون يعللون المنع بأن القاضيين يتعذر اتفاقهما فى الرأى مما يؤدى إلى تعطل الفصل فى الخصومات بل تعذره، فسبب المنع إذاً هو خشية الاختلاف فإذا اشترطنا عند التعدد أن يكونوا ثلاثة أو خمسة وأجاز ولى الأمر عند الاختلاف الأخذ برأى الأغلبية لكان جواز تعدد القضاة لنظر القضية الواحدة جائزاً اتفاقاً.

الطعن فى الأحكام[1] ودرجات التقاضى :

الأصل فى الأحكام القضائية أن تكون حاسمة للنزاع وأن تكون لها حجتها وقوتها، ويلتزم بها طرفا النزاع، إلا أنه لما كان هناك احتمال خطأ القاضى فى حكمه ومجانبته الحق فى اجتهاده جاز لقاضى القضاة أو من يستخلفه عنه أن ينظر فى أحكام قضاته ويرد منها ما يحتاج إلى الرد ويعدل ما يحتاج إلى التعديل وإن كانت صحيحة أبقى الحكم على ماهو عليه. وقد أشرنا قبل إلى ماقاله الإمام علي، عندما عرضت عليه قضية فى اليمن. فقال:أقضى بينكم فإن رضيتم فهو القضاء وإلا حجزت بعضكم عن بعض حتى تأتوا رسول الله ليقضى بينكم، فلما قضى بينهم أبوا أن يتراضوا وأتوا الرسول أيام الحج وعرضوا عليه خصومتهم، وأن عليا قضى فيها بكذا وأن هذا الحكم غير سليم فى نظرهم، وبعد أن سمع الرسول منهم مقالتهم أجاز قضاء على وقال : هو ماقضى بينكم. أى أنه أيد الحكم المستأنف إليه.

والواقع أن لأنواع الطعون المختلفة كالمعارضة والاستئناف والنقض أسساً فى الفقه الإسلامي، وفى مسائله مايتسع لذلك، وقد وقع كثير منه فى العصور المختلفة على صور وأشكال متعددة، وماجد الآن من تنظيم لطرق الطعن وتحديد مواعيده وإن لم يكن قد عرف للفقهاء من قبل إلا أن قواعد الفقه الإسلامى لاتنافيه بل تتفق عليه.

---

(١) وفي قانون المرافعات المصري يباح التظلم من الأحكام بطريق الطعن فيها، ويكون الطعن عادة لدي محكمة اخري وحينئذ توصف المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بأنها محكمة أول درجة، والمحكمة التي تنظر الطعن توصف بأنها محكمة الدرجة الثانية أو المحكمة الاستئنافية. فإباحة الطعن إذاً هي أساس تدرج القضاء. علي أن الحكم إذا كان غيابياً فإنه يصح الطعن فيه بطريق المعارضة امام نفس المحكمة التي اصدرت الحكم.

ومما يدل على أن الفقهاء عرفوا طرق الطعون، مانصوا عليه من أن حكم الحاكم لايستقر فى أربعة مواضع وينقض، وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلى أو القياس. إلا إذا كان لهذا الحكم دليل معارض راجح(١). وقالوا إن القاضى له أن ينقض قضاءه إذا كان الحكم مختلفاً فيه، وله فيه رأى معروف لكنه حكم بخلافه سهواً، إذ لو رفع الحكم إلى غيره وشهدت البينة أن رأيه كان غير ذلك وأنه حكم به سهواً لنقضه من عرض عليه، فكذا كان من حقه أيضا(٢).

وقالوا إن الحكم إذا طعن فيه أحد المتخاصمين لدى قاض آخر فظهر له فيه خطأ بين وثبت ذلك عنده فإنه يرده ويفسخه ويبين الوجه الذى بنى عليه حكمه(٣) اى أسباب الحكم(٤).

فلو كان الحكم نفسه - أى نظر القاضى للدعوى - محلا للخلاف فى الرأى دون طريق الوصول إليه، ومثلوا لهذا بما إذا نظر القاضى دعوى ابنه أو أبيه أو امرأته وحكم فيها لصالحهم فقيل إنه يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر، وقد جزم بذلك صاحب الخانية. فإذا رفع إلى القاضى الثانى نظره من جديد، كأنه لم يفصل فيه فإذا أمضاه أو أبدله يصير حكما نهائياً فى فصل مجتهد فيه فلا يجوز الطعن فيه بعد، ولا نقضه. وسيأتى.

---

(١) التبصرة جـ ١ ص ٥٥.

(٢) المصدر السابق جـ ٥٦/١.

(٣) المصدر السابق جـ ١ ص ٥٧، ٥٨ وجاء في ص ٦٠ «ينبغي للإمام ولقاضي الجماعة «قاضي القضاة» تفقد أحوال القضاة وتصفح أقضيتهم فما وافق الحق أمضاه وما خالفه فسخه. والكشف عن القضاة اليوم موكول إلي التفتيش القضائي، علي أنه ليس من سلطان التفتيش نقض الحكم لان القانون نظم الطعون في الأحكام واعطي للمتقاضيين حق استئناف الحكم وتقديمه لمحكمة النقض علي حسب ماهو مبسوط في كتب المرافعات».

(٤) وذكر الأسباب أمر تتطلبه الشريعة ويحتمه القانون في كل الأحكام المادة (٣٤٧) من قانون المرافعات.

واشترطوا فى الحكم المرفـوع للقاضى الثانى أن يكون فى خصـومة ودعوى صحيحة.

وقالوا إنه ليس علـى الحاكم - أى القاضى - تتـبع قضايا من كـان قبله لأن الظاهر صحتهـا، إلا إذا كان قد طلب أحد الخصمين نقضه وكـان مخالفا لنص أو إجماع، وكذا لو كـانت مما يجرى فيه الاجتهاد مما ليس فـيه نص ولا إجماع، لكن القاضى السابق عرف بعدم الدقة فى قـضائه لأنه كما يقول ابن قدامة(١) : «قضاؤه كلا قضـاء لعدم توافر شروط القـضاء فيه عندهم، وليس فى نقض قـضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد إذ الأول ليس بالاجتهاد».

وفى الدر(٢) : «لو نصب القاضى وكـيلا عن المفقـود ليأخذ حقـه فلا يملك الخصومـة بلا خلاف، ولو قضى بخصومتـه لم ينفذ إلا بتنفيذ قا ض آخـر كما فى الزيلعى والفتح فى كتاب القضاء».

كـما أنهم كـانوا يرون أن القاضى ينـبغى أن يحـضر مـجلسه الفـقهـاء وأن يستشيرهم فيمـا أشكل عليه من القضايا. ومع هذا فكان إذا قدمت له شكوى في أحد القـضاة فإن كـان مأمونـا في أحكامه عدلا في أحـواله لاتقبل الشكوي فـيه ولايجلس ولى الأمر الفقهـاء للنظر فى قضائه، وإن كان متهمـاً فى أحكامه أو غير عدل فى حاله أو جاهلا بقضائه وتعددت الشكاوى فـإن ماذكر فى كتب الفقه يفيد أنه ينبغى أن يجلس معه غيره لنظر الخصومة(٣).

ويدل على ذلك بشكل أوضح أن صـاحب التبصـرة قد عقـد فصلا خـاصاً بطلب المحكوم عليه فسخ الحكم الصادر ضده، وبين فيه الأسباب التى يقبل الطعن من أجلها ومالا يقبل(٤).

---

(١) المغني جـ ٩ ص ٥٨.

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار جـ ٣ ص ٣٥٨ - ٣٥٩.

(٣) المرجع السابق جـ ١ ص ٦٢ - ٦٣.

(٤) كـأن يطعن في الحكم لجهـل القاضي بالحكم «عـدم صحـة الأسـباب»، أو لعـداوة بينه وبين القاضي، أو لوجود بينة لم يعلم بها، إلي غير ذلك مما ذكره ابن فـرحون تفصيلا في التبصـرة جـ ١ ص ٦٣ - ٦٤.

مجلس القضاء :

ذكر الفقهاء لمجلس القضاء آدابا كثيرة تضمنت كثيراً من الأحكام، ولا يتسع موضوعنا لذكرها، إنما نجتزئ منها بعض ماهو هام. فنجد مثلا الفقهاء لم ينصوا على وجوب نظر الخصومات فى جلسات علنية، وتركوا ذلك لتقدير القاضى إن شاء أجلس معه غير الفقهاء والأمناء وإن شاء جلس وحده دونهم، وهذا لايمنع من وجود غير الفقهاء من أصحاب القضايا أو عامة الناس، على أن الذى عليه قضاء الرسول والخلفاء من بعده كان علنياً فى مجلس عام لايمنع أحد من دخوله.

والمادة (٢٥) من قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ نصت على ذلك إلا إذا رأت المحكمة جعل الجلسة سرية محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو حرمة الأسرة.

وفى اليوم المعين لسماع الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو من ينيبونهم عنهم(١) ولايجوز له أن يحكم لمن لايشهد له كأبيه وابنه وزوجته على المختار. ولا يجوز أيضاً على من لاتقبل شهادته عليه لخصومة بينهما لأن التهمة تلحقه فى كل ذلك فإن حكم رغم هذا كان الحكم قابلا للنقض(٢)، ومن واجب القاضى أن يبدأ بالسعى فى الصلح بين الخصوم(٣) وإلا بدأت المرافعة.وواجب عليه أن يسوى بين

(١) فلا يجوز له القضاء علي الغائب الذي لم يحضر هو أو نائبه، وجاء في ابن عابدين نقلا عن البحر : أنه لايقضي علي غائب ولا يقضي له بالبينة سواء أكان غائباً وقت الشهادة أو بعدها. أما إذا أقر بالحق عند القاضي ثم غاب فإن القاضي يقضي عليه وهو غائب. وفي جامع الفصولين أن المدعي عليه لو أقر ثم غاب يحكم عليه بإقراره بالإجماع.

أما الشافعي فإنه لم يشترط ذلك وأجاز القضاء علي الغائب علي تفصيل جاء في كتب الفقه.

(٢) وقيل لاينقض، واستظهره ابن فرحون في التبصرة جـ ١ ص ٦٠، وقيل ينقضه هو لاغيره. وقيل يتوقف نفاذه علي عرضه علي قاض آخر. راجع حاشية الدسوقي علي الدردير جـ ٤ ص ١٥٢، والأصول القضائية لعلي قراعة ص ٣٠٥.

(٣) وفي التبصرة جـ ١ ص ٢٩ «وقال عمر بن الخطاب ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتي يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن، وقال مالك: ولا أري للوالي أن يلح علي أحد الخصمين أو يعرض عن خصومته لأجل أن يصالح، وقال محمد بن الحسن لاينبغي للقاضى أن يردهم أكثر من مرتين إن طمع فيها في الصلح بينهم»

الخصوم في النظر إليهم دون نظر لديانتهم[١] والتكلم معهم مالم يتعد أحدهم فلا بأس أن يؤدبه أو يعزره، ويجب على القاضي أن يؤمن روع الخائف، وينبغي أن يقدم في النظر الأسبق، ومع هذا فله أن يقدم الغرباء وذوى الأعذار، ثم يسأل المدعى عن الدعوى بعد التأكد من استيفائها وصلاحيتها لأن تسمع[٢] ثم يوجهها إلى المدعى عليه بناء على طلب المدعى ليجيب عن الدعوي، ويمهل إذا طلب ذلك دون قصد المماطلة، وإلا فإن أقر بها حكم بمقتضى الإقرار، وإن أنكرها طلب من المدعى الإثبات، ويمهل إذا طلب التأجيل، ويمكن المدعى عليه من إبداء ملاحظاته على ماقدم للإثبات ، فإن كان الإثبات غير كاف وعجز المدعى عن إثبات دعواه وطلب توجيه اليمين للمدعى عليه مكن من ذلك وحكم القاضي بمقتضى اليمين أو النكول.

وإذا لم يطلب توجيه اليمين للمدعى عليه قرر القاضي عجزه عن إثبات الدعوى وحكم بمقتضى ذلك.

والأصل أنه متى أصبحت الدعوى صالحة للحكم وجب على القاضي أن يحكم فوراً دون تأخير، وإلا فإنه يكون آثماً، بل ويستحق العزل لما يترتب على تأخير الحكم من الإضرار بالناس وتعطيل مصالحهم وضياع حقوقهم، ومع هذا فإن الفقهاء نصوا على مواضع يجوز للقاضي فيها أن يؤخر الفصل ويؤجل الحكم؛ كأن يريد أن يتأمل في شهادة الشهود أو يتحرى عنهم، أو كأن يتبين أن الصلح بين الخصمين محتمل، غير أنهم قالوا إنه لايؤجل لذلك أكثر من مرتين، كما يصح له أن يؤخر الفصل بناء على طلب المدعى عليه لإبداء ملاحظاته على ماقدمه المدعى لإثبات الدعوي، أو ليثبت هو مادفع به الدعوى، أو يؤجل بناء على طلب المدعى نفسه لاستيفاء الإثبات على الدعوي، وكذلك فإن له أن يؤجل الفصل في

---

(١) التبصرة جـ ١ ص ٣١.

(٢) فإذا تبين القاضي أن باطن الأمر ليس كظاهره، وأنه لاتخاصم ولا تنازع في نفس الأمر بينهما فليس له سماع هذه الدعوي - ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٢٩.

وكذلك فإنه لاتسمع الدعوي في الأشياء التافهة الحقيرة التي لا يتشاح العقلاء فيها عادة - التبصرة جـ ١ ص ٣٧.

الخصومة بسبب من قبله وهو النظـر لاستنباط الحكم، أى لمراجعة الوقائع والأدلة التى قدمت، والبحث، وكثيراً ما يحدث ذلك فى عصرنا فيؤجل الفصل للحكم أو للنظر إلى غير ذلك من العبارات التى لا تخرج عن هذا المعنى.

مسئولية القاضي :

الفقهـاء على أن القاضى إذا تعمد الجور وأقـر بأنه حكم متعمـداً بغير الحق لزمه الضمـان فى ماله ويعزر لارتكابه هذه الجريمة ويعزل من القـضاء، أما إذا كان الخطأ غير متـعمد فإنه لا يضمن ما ترتب على خطئه من أضرار مـالية لحقت بأحد الخصمين بسبب هذا الخطأ؛ لأنه فى قضائه نائب ورسول عن ولى الأمر المولى من عامة الأمة،والرسول لا يلتزم بالعهدة . وينظر فـإذا كان كان الأمر المقضى فيه حقًا من حـقوق الله تعـالى كحـد الزنا وشـرب الخمـر والسرقـة بطل القضـاء ووجب الضمان فـى بيت مال المسلمين إذا كان الحكم قد نفـذ لأن ولايته فى الواقع يرجع استـمدادها من عـامة المسلمين، ويقـضى فى هذا للصالح الـعام فينبـغى أن يكون الضمان فى بيت مالهم.

أما إذا كان الخطأ غيـرالمتعمد فى حق من حقوق العـباد وأمكن تدارك الأمر فإن الحكم يبطل بنقـضه، وإلا فإذا كان الحكم نهـائياً وتنفذ فإن كـان أساس الخطأ تدليس المدعى فيمـا أثبت به الدعوى كان الضمان فى مال المقـضى له حتى لو كان الحكم بالقصاص فإنه تلـزمه الدية ولا يقتص منه؛ لأن صورة القضاء شبـهة مانعة من القصـاص، وإذا لم يكن منشأ الخطأ ماقلنا وإنما كـان من اجتهاد القـاضى فلا شىء، ولم يبطل القضاء[1].

---

(١) وقد نظم قانون المرافعات مسألة مخاصمة القاضي من صاحب الحق إذا ادعي عدم نزاهة القاضي في حكمه وأباح له المخاصمة بدعوي قضائية لها نظمها الخاصة، فإذا صدقت دعواه بطل الحكم وقضي عليه بالتعويض، وإلا فإن دعوي المخاصمـة ترفض ويقضي علي مدعيها بغرامة، ويصح أن يحكم بتعويض أيضاً للقاضي (المادة ٧٩٧ مرافعات ومابعدها).

كما نص قـانون استقلال القضاء ١٨٨ سنة ١٩٥٢ أيضـاً علي تاديب القضاة إداريا إذا أخل أحدهم بما يفرضه عليه القانون من واجبات تتعلق بوظيفته (٥٥٢) ومابعدها. كما تضمن قانون العقوبات المصري مسئولية القاضي الجنائية بسب وظيفته في المادتين ١٢١ ، ١٢٢.

المبحث الرابع

مايجب أن يحكم به القاضي

يراد بالحكم(١) هنا مايصدر من القاضى دالا على إلزام المحكوم عليه بالحق للمحكوم له، والذى سنعرض له هنا مايكون به هذا الإلزام، وهو مايستمد منه القاضى حكمه مجتهدا كان أو مقلداً لمذهب معين، أو كان مولى على أن يحكم بقانون خاص أو مذهب معين، ويجدر بنا هنا أن نشير إلى أن حكم القاضى كما يكون قولياً وهو الأصل كأن يقول حكمت أوقضيت(٢) يكون فعلياً أى حاصلا بفعل القاضى كأن يزوج القاضى صغيرة فى دائرة اختصاصه ليس لها ولي، إذ أن من لا ولى لها فوليها القاضى فمباشرته عقد الزواج لجانبها قضاء منه بالزوجية وإلزام لها بها(٣)، والحكم القولى هو الأصل كما قلنا وهو الذى يشترط فيه الدعوى والحجة وهو الذى سنتكلم عنه فى بحثنا.

وأما مايجب أن يستمد القاضى منه أحكامه فهو فى الفقه الإسلامى النصوص قطعية الدلالة والثبوت من الكتاب والسنة، وماصدر من أحكام مجمع

(١) الحكم في اللغة كما في القاموس القضاء ويجمع علي احكام، والحاكم منفذ الحكم ويجمع على حكام.

(٢) ويري بعض الفقهاء أن كل مايفيد الحكم من الألفاظ كقوله حكمت أو قضيت أو ثبت عندي أو تحقق لدي أو علمت يعتبر قضاء ويلتزم به المحكوم عليه، ويقصره بعضهم علي الألفاظ التي تفيد الحكم صراحة ككلمة حكمت أو مايرادفها، والمختار والذي عليه العمل هو الأول، وراجع الفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٣٣٢.

(٣) الأصل أن القاصر التي لاعاصب لها يستأذن القاضي في تزويجها، فإن زوجها هو تضمن ذلك الفعل أمرين : الإذن والحكم بالزوجية وهو المقصود هنا لأنه هو الذي ينطبق عليه معني الحكم، أما الإذن نفسه فلا يعتبر حكماً كما أن الإيجاب أو القبول الذي يصدر من القاضي عند التزويج وإن كان قولا من حيث إنه يتم به عقد الزواج إلا أنه إلزام بالزوجية نتج من فعل القاضي بما له من الولاية وهو حكم ضمني

عليها أو علمت من الدين بالضرورة (١) إن وجد شىء من ذلك ويكون الحكم إذا قضى بخلاف ذلك باطلا مستحقاً للنقض(٢)، فإن لم يوجد بأن كان المعروض على القاضى دعوى لم يرد فى شأنها شىء من ذلك، وهذا يتحقق بوجود نص ظنى الثبوت والدلالة معاً، أو ظنى الثبوت وحده أو الدلالة وحدها، أو لا نص اصلا(٣). وهنا ننظر فى شخص القاضى الذى عرضت عليه الدعوى إذ الحكم يختلف باختلاف ما إذا كان مجتهداً أو مقلداً لم يقيده ولى الأمر بمذهب أو قانون، أو قيده بشىء من ذلك.

مايحكم به القاضى المجتهد :

إذا عرض للقاضى المجتهد أمر اجتهادى فإن استطاع الوصول باجتهاده إلى نتيجة دون عناء حكم بها، وإن خالف رأى غيره من المجتهدين، بل إنه لايجوز له ان يأخذ برأى غيره لأن الله طالبه بالقضاء بالحق، وفى عقيدته أن ما أدى إليه اجتهاده هو الحق وما وصل إليه غيره باجتهاده باطل، ولا يجوز له أن يحكم بالباطل حسب ظنه(٤)، فإن كان غيره أفقه منه وهو يعتقد ذلك فيه فآثر رأيه بناء على ذلك، فقيل جاز له ان يأخذ برأيه وهو رواية عن أبى حنيفة، وقيل يجب أن

---

(١) كمن ينكر كفر ابي جهل مثلا ثم يقدم للقضاء لإنكاره امرأ معلوماً بالضرورة وهو تلقي الناس بعضهم عن بعض من زمن الرسول حتي الآن الحكم بكفر ابي جهل وعداوته للإسلام، فإن القاضي يجب ان يحكم بردته لانه انكر امراً معلوماً من الدين بالضرورة.

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٦٣ ، البدائع جـ ٧ ص ٤.

(٤) ومايروي مما جري بين ابي يوسف والخليفة الهادي وخلاصته ان الهادي كانت بينه وبين آخر خصومة أمام القاضي ابي يوسف في بستان بينهما، وبعد ان سمعت بينة الهادي سأل أبا يوسف ما حكم القاضي في خصومتنا، فقال ابو يوسف : خصم امير المؤمنين يسألنى ان احلفك ان شهودك شهدوا علي حق. قال الهادي : وتري ذلك؟ قال : قد كان ابن ابي ليلي يراه، فقال أردد البستان عليه - وهذه القصة إن صحت تدل بظاهرها علي ان القاضي المجتهد يجوز له ان يأخذ باجتهاد غيره مخالفاً لاجتهاد نفسه، فإن هذا التصرف من ابي يوسف يحتمل ان يكون من باب التقية وانه لايتفق مع ابن ابي ليلي في الواقع، ويحتمل أنه لم يطمئن إلي شهادة الشهود ووقع في نفسه شيء منها ولم ير مواجهة الخليفة بذلك.

يتقيد بما وصل إليه اجتهاده هو رغم ذلك، وهو المنقول عن الصاحبين ورواية أخرى عن الإمام[١] وهذا يرجع إلى أن كون أحد المجتهدين أفقه من غيره يصلح مرجحاً لأحد الآراء الاجتهادية عن غيرها. كما يرى الإمام أبو حنيفة فى الرواية الأولي، وبناء على ذلك يسع المجتهد الأخذ برأى من هو أفقه منه[٢]، وعند الصاحبين والرواية الأخرى عن الإمام أنه لايصلح مرجحاً لأحد الرأيين على الآخر، وبناء على ذلك لايسع المجتهد الحكم برأى من هو أفقه منه وهذا ماذكره ابن عابدين قولا واحدا[٣]، ولم يفرق فيه بين المجتهد والمقلد، ثم نقل الخلاف الذى أوردناه بالنسبة للمجتهد عن صاحب البدائع.

وبناء على ماذهب إليه الإمام فإنه لايجوز مخالفة قول الصحابي، ويجب على القاضى المجتهد أن يقدمه عند الاستنباط على القياس؛ لأن قوله أقرب إلى إصابة الحق من القول المستنبط من القياس[٤]، ويقول صاحب التبصرة[٥] بوجوب النظرفى أقوال الصحابة والقضاء بما اتفقوا عليه، وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقوالهم عنده، وإن رأى خلاف رأيه قضى بما رأى إذا كان نظيراً لهم، ثم رجح أن له أن يقضى بما رأى وإن كانوا أعلم منه لأن التقليد لايصح للمجتهد بالإجماع فيما تبين له حكمه. وبذا يكون ابن فرحون بما رجح مؤيداً لرأى الصاحبين، أما إذا لم يستطع الوصول باجتهاده إلى رأى فى الحادثة دون عناء فإنه يجب عليه أن يتريث

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٤٩٠ - ٤٩١، البدائع جـ ٧ ص ٤.

(٢) يحتج الإمام لمذهبه بأن اعتقاد الشخص افقهية غيره من جنس الدليل لأن ذلك الأعتقاد لايكون إلا بعد النظر والبحث، فهو قد وصل إلـي أفقهية غيره بالاجتهاد - ويحتج الصاحبان بأن تفضيله لغيره عنه في الفقه ليس من جنس الدليل فلا يقع به الترجيح لجواز كون الأفقهية في الجملة وهي لاتقتضي الأفقهية في هذه الجزئية.

(٣) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٦٨.

(٤) البدائع جـ ٤ ص ٣٦٨.

(٥) جـ ١ ص ٤٤.

ويعاود النظر ويعمل الرأى فيؤجل الفصل حتى ينتهى إلى رأى تطمئن إليه نفسه ولا يقضى مجازفاً وإلا بطل قضاؤه فيما بينه وبين الله، وإن كانت للحكم قوته بين المتقاضيين.

وينبغى أن يستشير أهل الفقه فى ذلك؛ كما عرف عن فقهاء الصحابة واشتهر عن أئمتهم، فإن اختلفوا فى حكم الحادثة رجح هو ما تطمئن إليه نفسه وقضى به؛ وعلى هذا فإنه إذا انتهى إلى رأى فى أثناء بحثه ومشاورته للفقهاء؛ وكان ذلك الرأى مخالفاً لرأيهم جميعاً فإنه يلزمه أن يقضى بما يراه هو، بل قال الفقهاء[١] إنه يحرم عليه أن يأخذ برأى غيره، والمجتهد غيرملزم باتباع ما قضى به فى حادثة مماثلة سابقة، وله أن يتحول إلى ما اطمأنت إليه نفسه بعد ذلك كما وقع لعمر وقال : تلك على ماقضينا وهذه على مانقضى، وقد سبق بيانه.

ما يحكم به القاضى المتبع :

قدمنا أنه يجوز تولية المقلد القضاء وإن كان المجتهد أولى منه، وعلى هذا لو ولى المقلد لمذهب إمام القضاء فإنه يحكم طبقاً لمذهب إمامه متبعاً لأرجح الأقوال إن كان له إلمام بها؛ إذ المتبع متى خالف معتمد مذهبه لاينفذ حكمه وينقض.

وفى البحر من كتاب القضاء «إن ماخرج عن ظاهر الرواية فهو مرجوع عنه والمرجوع عنه لم يبق قولا لمجتهد، وفى حاشية الخير الرملى : وحيثما وقع خلاف وترجيح لكل من القولين فالواجب الرجوع إلى ظاهر الرواية - لما صرحوا به من أن ماخرج عن ظاهر الرواية فهو مرجوع عنه[٢] وإلا عمل بفتوى أهل الفقه فى بلده من أهل مذهبه ولو لم يكن إلا واحداً»[٣]

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٥. وفيما يبدو لى أن احتمال عدم وصول القاضى المجتهد إلى الحكم بسهولة ويسر فى بعض مايعرض له ويفاجأ به هو الذى دعا إلى القول بأفضلية حضور بعض الفقهاء فى مجالس القضاء واستشارتهم، وفى ذلك أيضاً مراعاة لعدم تعطيل مصالح المتقاضين بتأخير الفصل فى قضاياهم.

(٢) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ٧٦، ٧٧ ، ٩٥.

(٣) البدائع جـ ٧ ص ٥، ويقول ابن فرحون المالكى فى التبصرة جـ ٢ ص ٤٤ : «إن القاضى إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة والتقليد فإن اختلف عليه العلماء قضى بقول أعلمهم =

وواضح أن هذا خاص بحالة تعذر الرجوع إلى كتب الفقه، والمقدرة على تفهم مافيها والأخذ منها وإلا فإنه لابد من الرجوع إليها والوقوف على مافيها، واعتبروا أن قضاء القاضى بمذهبه مجتهداً أو متبعاً لغيره شرط فى صحة القضاء؛ وإلا لم يكن قضاء بالحق على مابينا.

كما قالوا إن القضاء بالقول الضعيف من المذهب ممنوع، ونقل ابن عابدين[١] عن الشافعية منع العمل بالقول المرجوح فى القضاء والإفتاء دون العمل لنفسه، وقال إن مذهب الحنفية المنع عن المرجوح فى القضاء والإفتاء والعمل لنفسه أيضا؛ لأن المرجوح نسخ بالراجح، وقيل إن الأخذ بالقول المرجوح ممنوع بالنسبة للعامى الذى لا رأى له، وقد علمت أن الأحناف أجازوا تقليده القضاء، وأما من له رأى يعرف به معانى النصوص فإن له أن يتصرف ويأخذ بالضعيف أحياناً إذا كان له وجهة نظر فى الأخذ به لأنه يكون نوع اجتهاد.

ويقول ابن الحاجب[٢] من المالكية «إن المقلد يلزمه المصير إلى قول مقلده، وقيل لا يلزمه، وقيل لايجوز إلا باجتهاده، والأول الصحيح».

قضاء المقلد بغير مذهبه :

ويرى الفقهاء أن القاضى المقلد لايجوز له أن يقضى بغير مذهبه، ولو قضى

= وقيل بقول أكثرهم والأول أصح، وقيل: له أن يحكم بقول من شاء إذا تحري الصواب ولم يقصد الهوي وله أن يكتفي بمشورة واحد من العلماء ولو كان دون غيره مادام من أهل النظر والاجتهاد، وهو لايختلف كثيراً عما نقلناه عن صاحب البدائع الحنفي.

(١) في حاشيته جـ ١ ص ٥٥. ورسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ٧٥ وقال إن الأحناف يمنعون الأخذ بالقول الضعيف مطلقاً سواء أكان له رأي يعرف به معني النصوص أو لم يكن له رأي وهذا علي أساس ماقدمناه من جواز تولية القضاء لغير المجتهدين ولو جاهلا.

(٢) التبصرة لابن فرحون جـ ١ ص ٤٥ ويقول ابن الحاجب في القول الثاني إن المراد إذا كان المقلد له فقه وقدرة علي الترجيح وإلا فيلزمه المصير إلي المشهور، وأما القول الثالث ، فقال ابن عبد السلام: معناه أنه لايجوز تولية المقلد، وهذا بناء علي أن رتبة الاجتهاد مقدور علي تحصيلها. هذا وقد سبق بيان ذلك.

به لاينفذ عـامداً كان أو ناسـياً وينقض؛ لأن هذا يأخـذ حكم المجتهـد الذى يأخذ باجتهاد غـيره مخالفاً اجتـهاده لأنه قضى بما هو باطل فى رأيه[١] فقضاء المقلد بغير مذهبه قضـاء بغير مايراه[٢] ، وفى البحـر كما نقـله ابن عابدين[٣] «لو قـضى فى المجتهد فيه مخالفاً لمذهبه ناسياً نفذ عنده، وفى العامد روايتان، وعندهما لاينفذ فى الوجهين، ورجح صـاحب الفتح الفـتوى بقـولهما الآن لأن التـارك لمذهبه عـمداً لايفعله إلا لهوى باطل، وأما الناسى فإن الحـاكم ماولاه القضاء إلا وقد راعى عند تعيينه مذهبه الذى يحسن القضاء به.

ومراد الـفقهـاء بتـقيـيـد القاضـى بالحكم بمقتـضى مذهبـه أن يحكم بأصل المذهب، وإن كان الحكم بغيـر قول الإمام نفسه كأبى يوسف ومـحمد فى المذهب الحنفى مثلا.

هذا ويقول الماوردي[٤] : «لايلزم القاضى أن يقلد فى النوازل والأحكام من اعتزى - انتـسب - إلى مذهبه؛ فإن كان شـافعياً لم يلزمه المصـير فى أحكامه إلى أقاويل الشافـعية حتى يؤديه اجـتهاده إليهـا فإن أداه اجتهاده إلـى الأخذ بقول أبى حنيفة عـمل به، وقد منع بعض الفقهـاء ذلك لما يتوجه إليه من التهـمة. ثم قال: وهو ماتقـتضيه الـسياسة إلا أن أحكام الشـرع لا توجبه لأن التـقليد فيهـا محظور والاجتهاد فيها مستحب».

وما قاله الماوردى يتفق مع مايذهب إليه الشافعية وهو منهم، من أن القاضى لابد أن يبلغ رتبة النظر والترجيح وأن يكون له نوع اجتهاد، وما قاله الأحناف فهو موافق لمذهبهم من جواز تقليد القضاء للمقلد ولو كان جاهلا.

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٥، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٦٨.

(٢) ويقول ابن عـابدين جـ ٤ ص ٣٦٨ «يشترط لصـحة القضـاء أن يكون موافقـاً لرايه اي لمذهبه مجتهداً كان أو مقلدا ، فلو قضي بخلافه لا ينفذ».

(٣) في حاشيـته جـ ٣ ص ٤٩٦ ، ورسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ٧٥. وفي حاشـية ابن عابديـن جـ ٤ ص ٣٦٩ «أن صـاحب النهر نمي علي صـاحب البـحر مـا ادعاه من ان المقلد إذا قـضي بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ»

(٤) الأحكام السلطانية ص٦٤.

تقليد القاضى على أن يحكم بمذهب أو أحد معين :

إذا قيد الحاكم القاضى أن يقضى بخلاف مذهبه أو بالضعيف من مذهبه فهذا التقييد باطل ولم نقف على خلاف فى هذا بين المتقدمين من فقهاء المذاهب، والدليل على ذلك أن القاضى مأمور أن يحكم بالحق والحق ما يعتقده صحيحاً سواء كان الاعتقاد عن طريق بذل الجهد والنظر أم عن طريق الاقتناع برأى إمام والعلم بمذهبه.

وهذا يتفق مع قولهم إن من شرط صحة القضاء أن يحكم القاضى برأيه من غير تفرقة بين ما إذا قيده السلطان، أو لم يقيده، ولا بين ما إذا كان القاضى مجتهداً أو مقلداً؛ لأن المقلد رأيه هو رأى إمامه الذى هو مذهبه، وفى رسائل ابن عابدين[١] عن أنفع الوسائل: أن القاضى المقلد لايجوز له أن يحكم إلا بما هو ظاهر فى المذهب إلا أن ينص الفقهاء على أن الفتوى على غير ذلك، وفى حاشية ابن عابدين على الدر[٢]: « ولو قيده بضعيف المذهب فلا خلاف بعدم صحة حكمه».

وهذان النقلان يشعران بأنه إذا قيده بغير مذهبه لايتقيد به بطريق الأولي، كما يشعران بأن هذا التقييد لايتجه إلى المجتهد أيضا بطريق الأولي.

كما أن ابن قدامة الحنبلى يقول[٣] : «إنه لايجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه عند أحمد والشافعى، ولا أعلم فيه خلافاً لأن الحق لا يتعين فى مذهب، وهذا يشعر أيضاً بالإطلاق بالنسبة للقاضى مجتهداً كان أو مقلداً، هذا الإطلاق المستفاد من كلمة «أن يقلد القضاء لواحد».

وقد فصل الماوردي[٤] الكلام فى هذا التقييد وقال : إنه إما أن يكون بالنسبة لجميع الأحكام أو لبعضها، وقد نقل مثله ابن فرحون[٥] عن بعض فقهاء المالكية

---

(١) جـ ٢ ص ٧٥.

(٢) جـ ٤ ص ٣٦٩.

(٣) فى المغنى جـ ٩ ص ١٠٦.

(٤) الأحكام السلطانية ص ٦٤.

(٥) فى التبصرة جـ ١ ص ١٦/١٧.

وهذا التفصيل لانرى فيه فرقاً أكثر من أن ذلك الشرط إذا كان يقصد به عدم سماع القاضى بعض الدعاوى فإنه يتقيد به، وهذا غير مانتكلم عنه من تقييد ولى الأمر للقاضى أن يقضى بمذهب أو رأي، ومما يؤيد وجهتنا فى عدم أثر هذه التفرقة، ماعلق به ابن فرحون[١] على ما نقله إذ يقول: «إن جميع تلك التقييدات لايجوز للإمام اشتراطها لأنه اشتراط مالا يجوز، ومن كان لا يقضى إلا بما أمره به من ولاه فليس بقاض على الحقيقة».

ولما قيد القانون فى مصر من زمن بعيد القضاء فى المحاكم الشرعية بالمذهب الحنفى فيما لم يرد به قانون خاص فقد استلزم ذلك أن يكون القضاء فيها مقصورا على من كان حنفى المذهب حتى لايحكم القاضى بخلاف مذهبه بأمر من السلطان[٢]، وبعد أن اتفق الفقهاء على بطلان تقييد السلطان للقاضى على أن يقضى بمذهب معين فقد تناولوا عقد التولية نفسه مع هذا القيد بما خلاصته أنه إذا كان تم العقد على اشتراطه سواء أكان فى صيغة العقد أو متقدما عليه فإن عقد التولية باطل عند غير الأحناف صحيح عندهم، وإذا كان غير مشروط فى صيغة العقد فعقد التولية صحيح إجماعا[٣].

---

(١) المرجع السابق، أما ادعاء الأستاذ الغزى في شرحه للمادة (١٨٠١) من مجلة الأحكام خطأ ما اشتهر عند فريق من العلماء من أنه لايجوز للمقلد العمل بغير مذهبه .. محتجاً بأن الحكم برجحان أحد المذاهب إنما يتمكن منه من وقف علي الدليل والمقلد لا دليل عنده. فهذا لايرد به عليهم لانهم يحظرون عليه العمل بمذهب الغير مادام مقلداً ،أي لايعرف. الدليل، فإذا عرف الدليل كما يقول هو فقد خرج عن دائرة الحظر والمنع ولم ينطبق علي ماقالوه، وقد سبق أن سمينا هذا النوع بالاتباع وهو مرتبة فوق مرتبة التقليد.

(٢) هذا وقد أشرنا قبل إلى أنه قد صدر حكم من مجلس الدولة بتعيين احد الشافعية قاضياً بالمحاكم الشرعية. ولم نقف للحكم علي وجهة نظر من الناحية الشرعية

(٣) انظر المغني جـ ٩ ص ٩١، الماوردي ص ٦٤ ، التبصرة جـ ١ ص ١٦

مانراه من ضرورة وضع مواد واضحة يحتكم إليها الناس :

ماتقدم هو ما وقفنا عليه من آراء الفقهاء فى تقيد القاضى بمذهب أو عدم تقيده، وتقييد ولى الأمر له بمذهب معين أو رأى فيه أو عدم تقييده بشىء من ذلك، والذى نراه أن منشأ ذلك إنما كان راجعاً فى عصورهم لشىء من الاضطراب فى التطبيق القضائى لعدم معرفة الحكم الواجب التطبيق مع تعدد الأحكام فى المسألة الواحدة نتيجة اختلاف آراء المجتهدين، وذلك جدير أن يبلبل أفكار الناس، وألا يسير بهم فى جادة مستقيمة، ومشرع واضح للجميع، ولقد كان من آثار ذلك الاضطراب فى الماضى واختلاف القضاة المجتهدين فى أحكام المسألة الواحدة فى البلد الواحد أن يضل الناس فى شئون حياتهم رغم تحريهم الهداية والرشاد، ولكن عدم معرفة الحكم الواجب التطبيق بينهم على سبيل التعيين فى المسائل الاجتهادية جعلهم قاطبة عرضة للخطأ فى نظر القضاء.

ولعل هذا هو السر فى أن كثيراً من الأصوليين والعلماء أقفلوا باب الاجتهاد سداً لذريعة الفوضى والاضطراب والحكم بالهوى المقنع بالاجتهاد ووجهة النظر، وكانوا محقين إذ ذاك حتى يغلق باب هذه الشرور ويكون القاضى فى أحكامه ملزماً بأحكام مذهبه فلا يحيد عنه، وملزماً للناس بها حتى يعرفوها ويقدر كل إنسان فى تصرفاته حكم تصرفه أمام القضاء بحيث يستطيع أن يفهم إن كان فى تصرفه خروج على حكم القضاء أم لا.

وقد ترتب على هذا بحث الفقهاء فى تقيد القاضى بمذهب معين بل بالرأى الراجح من المذهب، كما بحثوا أمر تقييد السلطان لقضائه بالمذهب الذى ينبغى أن يستمد القاضى منه أحكامه.

وقد كان هذا الاتجاه نواة وأساساً للتفكير فى وضع الأحكام الشرعية فى مواد قانونية محددة واضحة ما أمكن لايلتبس الناس غالباً فى شىء من أمرها وقد قلنا أن ابن المقفع فى القرن الثانى الهجرى طلب من الخليفة المنصور أن يجمع

الناس على رأى واحد ثم تطورت الفكرة حتى قننت كثير من الأحكام الشرعية بواسطة كبار رجال الفقه الإسلامى ممن هم أهل للاجتهاد على مابيناه فى المبحث الخاص بمحاولة تقنين الفقه الإسلامي.

أما القضاة فوظيفتهم هى تطبيق الأحكام الشرعية وتنفيذها بسلطان القضاء، ولاشك فى أن الأحكام الواجبة التطبيق إذا كانت محددة مبينة معروفة للقاضى وللمتقاضى كان ذلك أدعى إلى تحقيق العدالة والتيسير على الناس، أو أكفل لتحقيق المساواة بينهم وطمأنة نفوسهم بالنسبة للقضاة، فلم يكن بد من وضع الأحكام الشرعية القضائية فى صيغ قانونية تتولاها طائفة من فقهاء الأمة من أهل الرأى والاجتهاد، وقد بينا عند الكلام عن الاجتهاد أن العصر لا يخلو منهم، ثم تصبح قانوناً واجب الاتباع والتنفيذ، ولا ضير فى ذلك مادامت هذه الأحكام مستمدة من الفقة الإسلامى بمختلف مذاهبه وآرائه، ومسايرة لمصالح الناس، ولا ضير فى أن تعتبر هذه القوانين كالنصوص القطعية من ناحية عدم مخالفة القاضى لها وإلزامه باتباعها. فليس هناك مجال إذاً لاجتهاد القاضى معها إلا فى حدود ضيقة وهى عند وجود إيهام فى انطباقها على بعض النوازل والأحداث، ومع هذا فإن العدل إذا كان مصدره هو النصوص التشريعية وما أجمع عليه من أحكام فإن القاضى باجتهاده عند التطبيق فيما يحتاج إلى اجتهاد يعتبر أيضاً مصدراً من مصادر العدالة.

ما يحكم بها القاضى طبقا للقانون الوضعى :

القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ نصت مادته الأولى على الآتي:

١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها.

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

ونصت المادة الثانية على أنه «لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع».

فالمشرع المصرى لم يحصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع، وإنما أحال القاضى عند انعدام النص التشريعى والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية[1] فى الموضوع المطروح أمامه، إلى مبادئ القانون الطبيعى باعتبارها الموجهات العامة للعدل، وإلى قواعد العدالة التى تتحقق بالاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بالقضايا المطروحة أمامه، فالمصدر الرسمى للقانون هو التشريع و العرف والدين.

والشريعة الإسلامية وإن كانت بمفردها هى المصدر الرسمى للميراث والوصية والوقف وكذا بالنسبة لما يعرض على دوائر الأحوال الشخصية للمسلمين فيما يتعلق بمسائل النكاح والفرقة وما يتبع ذلك؛ فإنها فوق ماذكر أصبحت من المصادر الرسمية بالنسبة لغير هذه الأمور.

وعلى هذا فالشريعة الإسلامية وإن كانت هى المصدر الأصلى الرسمى لمسائل الأحوال الشخصية وما يلحق بها، فإنها جعلت مصدراً احتياطياً فى غير ذلك من المسائل، ويرجع إليها القاضى لاستنباط أحكامه فى هذه الأمور ويكمل بها ما يقوم بالمصدر الأصلى الرسمى وهو التشريع، وما يقوم بالمصدر الاحتياطى الأول وهو العرف من نقص أو قصور.

---

(١) وقد كان مشروع القانون ينص علي الآتى : «.. بمقتضي الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين» وتعدل النص المذكور لأن الملاءمة لاقيمة لها إذ التعارض لايمكن حدوثه لأنه لا يرجع إلي الشريعة إلا عند انعدام النص القانوني وبالنسبة للأخذ منها دون التقيد بمذهب حذفت كي لا يكون هناك تضارب في الاحكام لكثرة الآراء في المذاهب الإسلامية، ولإفادة أن المقصود هو الرجوع إلي المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية دون حلولها التفصيلية.

حكم القاضى لايحل حراما :

إذا اختصم الخصمان إلى القاضي، وحكم لأحدهما بناء على ما قدمه من أدلة اقتنع بظاهرها فهل يحل للمقضى له ديانة الحق الذى حكم به القاضى وإن كان لايستحقه بينه وبين الله؟

نقل الشوكانى(١) أن الجمهور ومعهم أبو يوسف من الأحناف يرون أن الحكم ينفذ مطلقاً ظاهراً لا باطناً فلا يحل للمحكوم له أن يتناول شيئاً مما حكم به القاضى له سواء أكان ذلك فى الأموال أو فى العقود أو فى الفسوخ أو الأملاك، وأن قلة من الفقهاء يفرقون بين ما إذا كان الحكم فى مال أو كان فى غيره، فإن كان فى مال نفذ ظاهراً لاباطناً فلا يحل للمحكوم له تناوله، ويحل للمحكوم عليه ذلك فى الخفاء بينه وبين الله حتى لايفسق بين الناس ولايكون فتنة، وإن كان فى غير الأموال كالنكاح والطلاق نفذ ظاهراً أيضاً فلا يحل للمحكوم عليه بالطلاق مثلا وطء المحكوم بطلاقها منه حتى ولا فى الخفاء، ولايحل للمحكوم عليها بالنكاح أن تمكن زوجها منها وإن لم يكن هناك عقد فى الأصل بينهما.

وفى كتب الأحناف(٢) التفرقة بين ما إذا كان المحكوم فيه من العقود ومنها النكاح والبيع والإجارة ونحوها، أو الفسوخ ومنها الإقالة والطلاق ونحوهما، أو كان من الأملاك، أو الديون التى لها أسباب يمكن إنشاؤها، وبين ما إذا كان من الأملاك أو الديون التى لم يذكر لها سبب أو كان سببها الإرث، فإن كان من القسم الأول نفذ قضاء القاضى ظاهراً وباطناً عند أبى حنيفة، ونفذ ظاهراً فقط عند الصاحبين وزفر وعليه الفتوي، ودليل ذلك أن شهادة الزور ونحوها من الأدلة الكاذبة حجة ظاهراً فقط، وأن القضاء يتقدر بحسبه، وإن كان من القسم الثانى فإنه ينفذ ظاهراً فقط باتفاق الإمام وأصحابه.

---

(١) نيل الأوطار جـ ٨ ص ٢٨٠ ومثله في المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٥٨ - ٥٩

(٢) البدائع جـ٧ ص ١٤، وغيره من كتب الفقه الحنفي.

أحكام القضاء بالنسبة للذميين (١) :

الذميون هم غير المسلمين الذين يتمتعون برعوية دار الإسلام. فهم جزء من الوطن الإسلامي، لهم ما للمسلمين، وعليهم ما عليهم، غير أن للفقهاء كلاماً فى مدى خضوعهم لولاية القضاء فى دار الإسلام، والقانون الواجب التطبيق بالنسبة لهم.

فالحنابلة والمالكية لايجبرونهم على الاحتكام إلى قضائنا وقانوننا، ويجيزون لهم أن يولوا واحداً عليهم لينظر فى أمورهم ويفصل بينهم إذا تنازعوا، ويكون له صفة الرياسة عليهم، أما إذا احتكموا إلى قضائنا حق للقاضى أن ينظر قضاياهم لقوله تعالى : ﴿.. فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ . إلا إذا كان أحد الخصوم مسلماً فإنه يجب عليه نظر الخصومة دون تردد.

ويرى الشافعية والظاهرية أنه يجب على القاضى أن ينظر فى قضاياهم التى تعرض عليه جميعها سواء اختلفت ملة الخصوم ومذاهبهم أم اتحدت على ماهو الأظهر، وسواء أكانت فى مسائل المعاملات أو الأنكحة أو غيرها لافرق. لقوله تعالى ﴿وأن أحكم بينهم بما أنزل الله﴾ وقالوا إن الأية السابقة خاصة بالمستأمنين(٢).

أما الأحناف : فإنهم لم يفرقوا بين المسلمين وغيرهم من ناحية الخضوع إلى ولاية القضاء العامة إلا بالنسبة لمسائل الأنكحة وما يتعلق بها، فإن الإمام اشترط لنظرها اتفاق طرفى الخصومة على عرضها على قضائنا لأنهم أقروا على أنكحتهم ولايجوز التعرض لهم بشأنها، ولا يكفى لصحة نظر هذه الدعاوى منهم تقدم المدعى بها إذ لابد من قبول الآخر، وإلا نكون قد تعرضنا له فى أمر دينه بما لا يرغب . واكتفى الصاحبان لصحة نظرها بمجرد احتكام أحدهما إلينا.

---

(١) راجع في الموضوع جميعه تفسير الفخر الرازي جـ ١١ ، ص ٢٣٥، القرطبي جـ ٦ ص ١٨٤، المغني جـ ٨ ص ٥٣٥.

(٢) أهل دار الحرب الذين دخلوا في دار الإسلام بعقد أمان مؤقت - فتح القدير جـ ٢ ص ٥٠٤، البدائع جـ ٢ ص ٣١٢.

وأيًّا ما كان فإن قضاياهم وخصوماتهم كلها أو المتعلقة بمسائل الأنكحة على التفصيل المذكور إذا لم ترفع إلينا، فإنها تعرض على من ينصب منهم للنظر فيها(١).

القانون الواجب التطبيق :

والقانون الواجب التطبيق، واستمداد الأحكام منه، هو الحكم الإسلامى سواء أكانت الخصومة بين مسلمين أو بين ذميين لقوله تعالى ﴿ . . فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾ وقوله ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك﴾. فلا يطبق قانون على الذميين غير الذى يجب أن يطبق على المسلمين دون استثناء بعض القضايا عند الظاهرية ومن وافقهم، ومع استثناء بعض الأمور عند غيرهم وفى مقدمتهم الأحناف كقضايا الأنكحة، وتصرفاتهم التى تمت بالقبض قبل الترافع إلينا بالنسبة إلى الخمر والخنزير.

على أن هذه الأمور المستثناة التى لا يلتزم فيها الذميون بحكم الإسلام، ويقرون فيها على أحكامهم التى يعتقدونها، مرد الاحتكام إليها فى الواقع إلى الشريعة الإسلامية ودلائلها، ومع هذا فإن ارتضوا الخضوع فيها إلى قضائنا وجب أن يطبق عليهم حكم الإسلام فيها، دون نظر إلى حكم ماهم عليه من قبل الترافع إلينا، فإذا كانت الدعوى متفرعة على عقد الزواج كنفقة الزوجية مثلا فإنه لايصح للقاضى أن ينظر فى صحة عقد الزواج نفسه طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذا لو كان المهر خمراً أو خنزيراً ثم قبضه وكان النزاع يتعلق به فإنه لايصح له أن يبطله.

---

(١) وتكون له عند الأحناف الصفة القضائية وأحكامه ملزمة واجبة التنفيذ إذ القضاء يتخصص بنوع من القضايا والأفراد، وأما غيرهم فقالوا إنه ليس له الصفة القضائية إنما هو مجرد تقليد رياسة وزعامة، وأحكامه تلزمهم لالتزامهم بها لا للزومها عليهم، ثم اختلفوا بعد ذلك: هل لابد من أن يكون من نصب لهذا من نفس ديانة المتخاصمين، فقيل بذلك، وقيل إن غير الإسلام كله ملة واحدة.

وبالجملة فإن القانون الواجب التطبيق دائماً بالنسبة لجميع من يحتكمون إلينا هو الحكم الإسلامي، وقد لاحظت أحكام الشرع الإسلامى العنصر الدينى فى قضايا غير المسلمين التى تتأثر به دون أن تستمد أحكامها من شريعة أو قانون آخر، وما ذلك إلا لأنها شريعة عامة تخاطب الناس جميعاً فلا يزاحمها قانون آخر فى دارها.

وقد كان العمل كما أشرنا قبل على أن غير المسلمين لهم محاكم خاصة -المحاكم الملية - تنظر قضاياهم المتعلقة بالأحوال الشخصية عند اتحادهم فى الملة والمذهب، وإلا فقد كانت من اختصاص المحاكم الشرعية التى تنظرها وتقضى فيها طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي.

وقد ألغيت هذه المحاكم وأصبحت جميع القضايا تنظر أمام المحاكم العادية، وقوانينها تطبق على الجميع دون تفرقة بين المسلمين وغيرهم، ومن هذه القوانين ما يتعلق بالميراث والوصية والوقف والولاية على المال، أما مسائل الأنكحة وما يتفرع عليها فإنها تخضع إلى الفقه الإسلامى طبقاً للمادة (٢٨٠) من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ كما أشار إلى ذلك القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والملية بالنسبة للمسلمين، وكذا بالنسبة لغيرهم إذا اختلفوا فى الملة أو المذهب أو اتحدوا ولم تكن لهم محاكم ملية عند صدور قانون إلغائها.

أما إذا اتحدت الملة والمذهب، وكانت لهم محاكم ملية وقت صدور القانون بالإلغاء فإن القانون الواجب التطبيق هو أحكام شريعة المتخاصمين فى نطاق النظام العام. ومع هذا فإذا اعتنق أحد المتخاصمين الإسلام أثناء نظر الدعوى وجب أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية. أما إذا غيّر أحدهم مذهبه أثناء نظر الدعوى بأن كان كاثوليكياً فأصبح بروتاستينيا أو أرثوذكسيا، أو غيَّر ملته بأن كان إسرائيليا فأصبح مسيحياً أو العكس. فإن هذا لايؤثر على سير الخصومة ولا على القانون الواجب التطبيق .

نقض الأحكام :

سبق أن أشرنا عند الكلام عن نظام التقاضي في الإسلام إلي نقض الحكم بطريق الطعن في الأحكام ، ولنبين هنا أسباب النقض نقول : إن قضايا القضاة علي ثلاثة أقسام(١) :

الأول : أن يكون الحكم مخالفاً لنص أو إجماع. فلكل قاض يرفع إليه هذا الحكم من الخصم أن ينقضه لبطلانه؛ وذلك مثل الحكم بتحليل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملا بقول سعيد بن المسيب، ومثل الحكم بصحة نكاح المتعة، ولمخالفة الأول للحديث المشهور « . . حتي تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك». ومخالفة الثاني لإجماع الصحابة علي فساده.

الثاني : إذا كانت صلاحية القاضي للحكم في الدعوي محل خلاف كأن يكون أحد طرفي الدعوي أباه أو ابنه أو زوجته ممن كانت قرابته له أكيدة ويحكم لصالح ذلك القريب، وأن يكون بينه وبين أحد طرفي الدعوي خصومة أو عداء ويحكم عليه، فإن وقع قضاء في مثل هذا فإنه ينقض(٢) ولا ينفذ، ويجب عرضه علي قاض آخر فإن أمضاه أو نقضه كان حكمه غير قابل للنقض.

الثالث : حكمه فيما لم يرد فيه نص ولا إجماع، وكان مما يجري فيه الاجتهاد فإنه ينفذ وليس لأحد نقضه، وفي هذا ينقل الآمدي(٣) : «اتفاق الفقهاء علي أن حكم الحاكم لايجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم» فإنه لو جاز نقض حكمه بتغيير اجتهاده أو بحكم آخر لأمكن تكرار هذا مما يؤدي إلي اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم وهو خلاف المصلحة .

(١) ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٩٤ - ٥٩٥ والمغني جـ ٩ ص ٥٦.

(٢) وفي حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٥٢ تفصيل إذ أن الحكم الصادر علي عدوه ينقض بلا خلاف عندهم، واما الحكم لابيه ومن في حكمه فقيل ينقض مثل الآخر، وقيل لاينقض، واستظهره ابن فرحون في التبصرة جـ ١ ص ٦٥ وقيل ينقضه هو دون غيره.

(٣) في الأحكام جـ ٤ ص ٢٧٣.

وإنما يمكن نقضه إذا خالف دليلا قطعياً من نص أو إجماع أو قياس جلي[١] أما لو خالف دليلا ظنيا من نص وغيره فلا ينقض ما حكم به بالظن لتساويهما فى الرتبة، واتفقوا على نقض حكم المجتهد الذى خالف اجتهاده وقضى باجتهاد غيره، أما المقلد إذا حكم بغير مذهب إمامه فنقض حكمه فإن الحكم يرجع إلى القول بجواز حكمه بغير مذهبه أو عدم جوازه. وقد سبق.

ويروى لنا ابن قدامة[٢] أن الحكم إذا خالف نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع نقض الحكم عند أحمد والشافعي، غير أنه زاد أيضاً مخالفته للنص الجلي. وعللوا لذلك بأنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه، وعن مالك[٣] وأبى حنيفة أن الحكم لاينقض إلا إذا خالف الإجماع لأن النصوص التى دلالتها ظنية يجرى فيها الاجتهاد فلا ينقض حكمه كما لا نص فيه. وقال أبو ثور وداود ينقض كل حكم ظهر خطؤه لأن الخطأ يجب الرجوع عنه. وقد قال عمر «لايمنعنك قضاء قضيته بالأمس أن تراجع فيه الحق» وحكى عن مالك أنه وافقهما فى جواز نقض كل حكم خاطئ على أن يكون النقض ممن أصدره.

وبينما يروى لنا أبن قدامة ذلك إذ بنا نجد فى الفقه المالكي[٤] يُنظر لنقض الحكم إلى القاضى الذى أصدره، فإن كان قد عرف بالاجتهاد والعدالة وعدم الجور فإنه لاينظر فى أحكامه، ولا ينقض منها إذا تتبعت إلا إذا كان الحكم جائرا[٥] وإن كان مستقيما فى ظاهر الحال، إذ الحكمْ لايرفع الخلاف مالم تثبت صحة باطنه، وإن كان غير ذلك ولم يشاور العلماء فى حكمه نقض ولو وافق الحق فى الظاهر

(١) القياس الجلي ما كانت العلة فيه منصوصة، أو كان قد قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع. المصدر السابق.

(٢) المغني جـ٩ ص ٥٦ / ٥٧ وراجع التبصرة جـ ١ ص ٥٥.

(٣) وفي التبصرة جـ١ ص ٥٥ «ينقض إذا خالف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس».

(٤) الدسوقي والدردير علي خليل جـ ٤ ص ١٥٢.

(٥) الحكم الجائر هو الذي يميل به الحاكم عن الحق عمداً أو يحكم بمجرد الشهادة من غير نظر إلي تعديل أو تجريح – المصدر السابق.

ولم تعلم صحة باطنه وإلا فإن ثبتت بالبينة صحة باطنه لاينقض. أما إذا كان قد شاور العلماء فى حكمه فإن أحكامه الخاطئة تنقض والصحيحة يجب إمضاؤها(١).

هذا وقد نقل لنا ابن عابدين(٢) عن الأشباه بإذا قضى القاضى فى أمر مما يجرى فيه الاجتهاد نفذ قضاؤه إلا فى مسائل نص على عدم نفاذها - فى المذهب الحنفى - وينقض فيها الحكم، وقد عد منها أكثر من أربعين مسألة نجتزئ بعضها :

١- فلا ينفذ لو قضى القاضى ببطلان الحق بمضى المدة، استناداً إلى من قال إن صاحب الحق إذا لم يخاصم ثلاث سنين للوصول إلى حقه وهو فى المصر بطل حقه، لأنه قول مهجور(٣)، فإذا طعن فى هذا الحكم نقضه القاضي.

٢- إذا قضى بسقوط المهر بالتقادم، أى إذا لم تخاصم زوجها حتى مضت مدة طويلة فإنه لم ينفذ وينقض.

٣- إذا قضى على غائب بالتفريق للعجز عن الإنفاق على زوجته(٤) فلا ينفذ فى الصحيح وينقض لظهور مجازفة الشهود.

٤- إذا قضى بصحة نكاح مزنية أبيه أو ابنه، أو أم مزنيته أو بنتها فلا ينفذ عند أبى يوسف لحرمته بالنص، لأن النكاح لغة الوطء، خلافاً لمحمد الذى يرى أن النص الوارد فى المسألة ظاهر والتأويل فيه سائغ.

---

(١) وقالوا إن غير العالم نتعقب أحكامه رغم مشاورته للعلماء لأنه وإن عرف الحكم فقد لايعرف إيقاعه عند التطبيق إذ القضاء صناعة دقيقة لايهتدى إليها كل الناس - ويلاحظ أن شرط القضاء عند المالكية أن يكون القاضي عالما فلا تصح تولية الجاهل. وإنما إذا اقتضت الضرورة تعيينه وجب ملاحظة هذا بالنسبة لأحكامه - المصدر السابق.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٩٢ - ٤٩٤.

(٣) يقول ابن عابدين ليس المراد من هذا القول بطلان الحق في الآخرة بل بطلان الدعوي وكون هذا الرأي مهجوراً ليس علي إطلاقه إذ اتخذ قرينة علي بطلان الدعوي.

(٤) إذ لو قضي شافعي علي الزوج الحاضر بالفرقة لعجزه عن النفقة نفذ حكمه عندنا.

٥- إذا قضى بصحة نكاح المتعة اتباعـاً لقول ابن عباس بجوازها فإنه ينقض لأن نكاح المتعة قد نسخ، وصح رجوع ابن عباس عن رأيه.

٦- إذا قـضى بالتـفريق للعنَّة، ولم يؤجل للزوج فـإنه إذا طعن فى الحكم ينقض ويؤجل له حولا.

٧- إذا قضى بعدم صحة رجعة الزوج لزوجـته المطلقة رجعياً وهى فى العدة بلا رضائها[١] فإنه ينقض لمخالفته لقول الله تعالى ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾.

٨- إذا قضى بعـدم وقوع الطلاق على الحـائض. أو عدم وقـوع ماراد على الواحدة، أو عدم وقوع الثلاث بكلمة واحـدة فإنه ينقض لمخالفته لقول الله ﴿فإن طلقهـا فلا تحل له..﴾ إذ المراد الطلقـة الثـالثة فـمن قـال لايقع شىء أو تقع واحدة فـقد أثبت الحل للزوج الأول بـدون الزوج الثانى وهذا غـير جائز فـينقض الحكم[٢].

٩- وإذا قضى لمن طلق زوجته قبل الدخول بعـد ما قبضت المهر وتجهزت به بنصف الجهاز لم ينفذ ونقض لأنه قـضاء بخلاف النص إذ يقول الله ﴿فنصف ما فرضتم﴾ والجهاز غير مسمى فلا يتنصف[٣].

١٠- إذا قضى بشاهد ويمين، أو قضى فى الحـدود والقصاص بشهادة رجل وامرأتين فإنه لاينفذ وينقض فيهمـا، وقيل الخلاف فى الأول فقط وينفذ فى الثانى كما فى جامع الفصولين.

---

(١) وقد قضت إحدي دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة القاهرة بعد إلغاء المحاكم الشرعية بذلك وهو حكم خاطئ من جميع نواحيه ولاسند له من الفقه ولا من القانون، وقـد كان حكماً نهائياً للأسف، وفيما اعلم قد لاحظ التفتيش القضائي ذلك الخطأ علي من أصدره وقد وكلت إليه أعمال بعيدة عن الفصل القضائي.

(٢) هذا هو الحكم في المذهب الحنفي. لكن القـانون المطبق قد أخذ حكم الطلاق بما زاد علي الواحـدة من غير المذهب الحنفي واصبح هو الواجب التطبيق وأصبحت مخالفة ذلك تستحق النقض.

(٣) وجهة النظر الاخري أن الزوج لما دفع المهـر ورضي ان يشتري به جهازاً فكأن الزوج اشتراه بنفسـه وساقه إليها فله نصفه عند الطلاق قبل الدخو!

١١- إذا قضى بالتفريق بين الزوجين للرضاعة بينهما بشهادة المرضعة فقط فإنه ينقض.

١٢- لو قضى بشهادة الابن لأبيه أو العكس إذ اختلف في حكمه الصحابة، ثم وقع الإجماع على بطلانه فينفذ قضاؤه عند أبي يوسف إذ الإجماع المتأخر لايرفع الخلاف السابق عنده، ولا ينفذ عند محمد ويكون مستحقاً للنقض لأن الإجماع يرفع الخلاف السابق فلا يكون القضاء في فصل مجتهد فيه(١).

هذا ما قاله الفقهاء في نقض الأحكام لكن يقول ابن فرحون(٢) : قال القرافي «إن حكم القاضي ينقض إذا خالف القواعد أو القياس أو النص - الظني الدلالة - إذا لم يكن له معارض راجح عليها وإلا فلا ينقض إجماعاً كالقضاء بصحة عقد القراض والمساقاة والسلم والحوالة ونحوها، فإنها على خلاف القواعد والنصوص والأقيسة، ولكن الأدلة الخاصة مقدمة على القواعد والنصوص - غير قطعية الدلالة - والأقيسة».

---

(١) وهكذا لقد ذكر صاحب الأشباه هذا وما قدمناه قبل والكثير من المسائل غيرها وقال إنه حررها من البزازية والعمادية والصيرفية والتتارخانية.

ثم أضاف إليها ابن عابدين مسائل أخري نقلها عن البحر منها أن القضاء ينقض أيضاً عند الحنفية إذا كان حكما لا دليل عليه، وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص. فيكون الحكم بخلافه حكماً من غير دليل وبخلاف النص.

ومما ذكره صاحب الدر المختار جـ ٤ ص ٤٩٤/ ٤٩٥ : إذا قضي بحبس المديون لايكون هذا حجراً، وقيل هو حجر فلو حكم به ثم رفع لآخر نقضه عند الإمام خلافا لهما، وإذا تزوج الزاني بابنته من الزنا وحكم القاضي بحل ذلك ثم طعن في الحكم أمام من لايري حله كان له نقضه لأنه مما يستبشع عه الناس، وكذا ما قدمنا عن قضاء المقلد بغير مذهبه، وقضاء المجتهد بغير رأيه ناسياً أو عامد

(٢) التبصرة جـ ١ ص ٥٥

هذا وقد تناول القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ حالات الطعن أمام محكمة النقض ودراستنا لاتتسع لذكرها، وإنما نكتفى بمجرد الإشارة إليها بالهامش إتماماً للفائدة[١].

هل يجوز للقاضى الرجوع فى حكمه :

إذا اجتهد القاضى فيما يجرى فيه الاجتهاد وانتهى إلى رأى فى القضية ثم بدا له رأى آخر قبل أن يصدر الحكم، فإنه يجب عليه أن يحكم بما انتهى إليه أخيرا، فلا يجوز له أن يحكم بالاجتهاد الأول لأنه أصبح باطلا فى نظره، أما بعد صدور الحكم، فإنه بالنسبة لحادثة أخرى مماثلة حق له أن يرجع عن حكمه الأول ولايمنعه ماقضى به قبل عن القضاء بغيره، وقد قال عمر فى مثل هذا «تلك على ماقضينا وهذا على مانقضى به اليوم» ويبقى القول فيما إذا حكم فى مسألة وبدا له

(١) وتضمنت بعض مواد هذا القانون أسباب الطعن في الأحكام بالنقض وهي تتلخص في الآتي :

١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً علي مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

٢- إذا وقع بطلان في الحكم.

٣- إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم.

٤- إذا فصل حكم انتهائي في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به، راجع المواد ١ و ٣ و ٣٠.

واشارت المادة (٢٢) إلي أنه إذا قبلت المحكمة الطعن تنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه، كما تضمنت المادة (٢٣) المجالات التي تحيل فيها محكمة النقض القضية إلي المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد بناء علي طلب الخصوم، وفي هذه الحالة يتحتم علي المحكمة التي احيلت إليها القضية ان تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القضائية التي فصلت فيها.

ويجور لمحكمة النقض عند الاقتضاء إحالة الدعوي إلي محكمة أخري.

وتضمنت المادة (٢٤) أن الموضوع إذا كان صالحاً للحكم فيه وقد حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه جاز للمحكمة ان تستبقيه لتحكم فيه.

وجاء بالمادة (٢٦) أنه يترتب علي نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متي كان ذلك الحكم أساساً له.

بعد ذلك أن يرجع عن حكمه وينقضه، فإن كان الذى قضى به خطأ لايختلف فيه الفقهاء يرده لامحالة، وإن كان مما اختلف فيه الفقهاء أمضاه لا محالة وليس له الرجوع عنه مادامت الدعوى صحيحة والشهادة مستقيمة وعدالة الشهود ظاهرة، كى يبقى للأحكام القضائية احترامها ومهابتها. وقد استثنى الأحناف كما هو فى كتبهم من ذلك ثلاث مسائل :

الأولى : مالو قضى بعلمه[١] فى مسألة ثم تبين له أنه قد التبس عليه الأمر، وهذا كان مبنياً فى الواقع على جواز القضاء بالعلم، لكن الفتوى على عدمه فى زماننا.

الثانية : إذا ظهر له خطؤه بالبينة أو بإقرار المقضى له فإن كان فى حق العبد وأمكن تداركه بأن قضى بمال أو طلاق ثم ظهر أن الشهود لاتقبل شهادتهم شرعا[٢] بطل قضاؤه ورد المال إلى من أخذ منه والمرأة إلى زوجها وإذا لم يمكن التدارك بأن قضى بالقصاص ونفذ، أو كان حقاً من حقوق الله كحد السرقة، فقد أشرنا إلى أنه تجب الدية على المقضى له فى الأولى. والضمان فى بيت المال فى الثانية.

الثالثة : إذا قضى بخلاف مذهبه على التفصيل السابق.

غير أن ابن فرحون[٣] يرى أن للقاضى نقض أحكام نفسه إن ظهر له الخطأ، وإن كان قد أصاب قول قائل، وفى وثائق العطار «وللقاضى الرجوع عما حكم به بالاجتهاد إذا تبين له الوهم مادام علي خطئه فإن عزل أو مات بعد ماحكم به لم يكن لغيره فسخ شىء من أحكامه مما فيه اختلاف وإن كان وجهاً ضعيفاً»، وقال

---

(١) يقول ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٦٨ «كان يعترف عنده شخص لآخر بمبلغ ثم يغيبا عنه، ثم تداعى عنده اثنان - بقدر هذا المبلغ - فحكم على أحدهما ظاناً أنه ذلك المعترف ثم تبين له أنه غيره».

(٢) وفى المغنى جـ ٩ ص ٥٨ «وإذا بان فسق الشهود قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم ولو بان بعد الحكم لم ينقضه»

(٣) التبصرة جـ ١ ص ٥٥.

سحنون : «إذا حكم بغير ما يراه سهواً فله نقضه وليس لغيره ذلك، وإن كان رأى بعد الحكم رأياً سواه لم ينقضه. ووافقه أصبغ على ذلك وإلا لما وثق أحد بما يقضى به القاضى وذلك ضرر شديد، بل قال لو عزل القاضى ثم ولى مرة أخرى وأراد نقض ما حكم به فى قضائه الأول والرجوع عنه إلى ماهو أحسن لم يجز، لكن ابن الماجشون روى عن مالك وغيره من فقهاء المدينة أن القاضى إذا قضى ثم رأى ماهو أحسن مما قضى به فله أن يرجع مادام على ولايته التى فيها قضى بما يريد الرجوع عنه إذا كان يصح نقضه من غيره، واستحسن ابن رشد ذلك، وقيل إن كان القضاء بمال فسخه، وإن كان فى ثبوت نكاح أو فسخه لم ينقضه.

هذا وقد نظم القانون طرق الطعن وبين مايجوز الطعن فيه أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، ومما يجوز الطعن فيه أمام محكمة أخري، مع أن الأصل في الأحكام ان تكون حاسمة للنزاع، وأن المحكمة بمجرد إصدارها الحكم في موضوع النزاع انتهي دورها فيه فلا تملك تبديلا فيه أو تعديلا.

غير أن المشرع لما لاحظ احتمال خطأ القاضي أباح التظلم من حكمه بما يسمي طعناً في الحكم، ويكون الطعن عادة لدي محكمة أخري تسمي محكمة الدرجة الثانية أو المحكمة الاستئنافية. غير أن المشرع أباح تقديم بعض الطعون أمام المحكمة التي أصدرت الحكم خروجاً علي أصل انتهاء ولاية المحكمة علي الموضوع بالفصل فيه.

الفصل الثانى

السلطات التى لها شبه بالقضاء

المبحث الأول

التحكيم والإفتاء

قد يلجأ الناس فيما يحدث لهم أو يشكل عليهم من أمور إلى أشخاص يختارونهم بأنفسهم دون أن يلزمهم قانون بالتزام رأيهم أو بالرجوع إليهم، وإنما هم يريدون التعرف على حكم الشرع والتزام أحكامه طواعية واختياراً، فالخلاف بينهم أو المخالفة ناشئ عن الجهل بحكم الشرع فى الواقعة ويرون أنهم ليسوا فى حاجة إلى من يعرفهم بالحكم ويلزمهم به، لأنهم مستعدون للالتزام به من أنفسهم. وعلى هذا نجد أن القضاء لايحتكر فض المنازعات بين الأفراد، وإنما يشاركه فى ذلك التحكيم والإفتاء، وسنتكلم عن كل منهما على حدة.

المطلب الأول

التحكيم

يقال فى اللغة حكّمه فى الأمر تحكيما أمره أن يحكم فاحتكم، وتحكم جاز فيه حكمه، وهو فى الاصطلاح الفقهى لايبعد عن هذا المعنى إذ يقصد به أن يحكّم اثنان أو أكثر آخر بينهم ليفض النزاع ويطبق حكم الشرع، والتحكيم أقل شأناً من القضاء[1]، إذ القاضى ينظر من الدعاوى مالا يملك المحكّم نظره، ولذا

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٤٩٨ وحاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٨٢.

قال أبو يوسف لايجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته بخلاف القضاء، ولأن حكمه مقتصر على من رضى بحكمه بينما حكم القاضى يتعدى إلى الغير[١].

ونظام التحكيم عرف عند العرب فى الجاهلية، وقد كان الحكم هو صاحب الرأى فإذا وقعت خصومة احتكم إليه طرفاها، وأكثر ما كانت تقع الخصومة بين العرب فى المفاخرة والمنافرة[٢].

وأصل مشروعية التحكيم قول الله تعالى : ﴿فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ ومن السنة ماروى أن أبا شريح قال يارسول الله «إن قومى إذا اختلفوا فى شىء فاتونى فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان». فقال له الرسول. «ما أحسن هذا» رواه النسائي. وأيضاً فقد عمل الرسول بحكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله، كما روى أنه كان بين عمر وأبى بن كعب منازعة فى نخل فحكّما بينهما زيد بن ثابت وقد أجمع الصحابة على جواز التحكيم[٣] فكل هذا يدل على جواز التحكيم ومشروعيته فى الإسلام[٤]. كما أنه من ناحية أخرى يجوز التحكيم لأن من حكموه لهم الولاية على أنفسهم.

واشترط الفقهاء فى الحكم أن تكون له صفة الحاكم بأن يكون أهلا للشهادة رجلا كان أو امرأة [٥] وأن تتحقق هذه الأهلية وقت التحكيم وتبقى حتى وقت الحكم، وأن يكون الموضوع المطلوب التحكيم فيه فى غير الحدود القصاص[٦] لأن

---

(١) العناية علي الهداية بهامش الفتح جـ ٥ ص ٤٩٨.

(٢) نافر حاكم في النسب وسميت منافرة لأنهم كانوا يقولون عند المنافرة : انا اعز نفراً. وكثيراً ما كانت المنافرة سبباً في الحروب.

(٣) المبسوط للسرخسي جـ ٢١ ص ٦٢.

(٤) فتح القدير جـ ٥ ص ٤٩٨ - ٤٩٩.

(٥) راجع الفتح جـ ٥ ص ٤٩٩، وفي التبصرة جـ ١ ص ٤٣ خلاف فيها.

(٦) علي خلاف في القصاص وحد القذف إذ قيل يجوز التحكيم فيهـا - الفتـح والعنايـة جـ ٥ ص ١٥٠ ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٨٣.

الإمام هو المتعين لاستيفائها ولأن حكم المحكم غير متعد فليس بحجة فى حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة، والحدود والقصاص لاتستوفى بالشبهات.

وبناء على هذا فإن التحكيم يصح فى سائر المسائل الاجتهادية كالطلاق والنكاح[١] والكفالة بالمال والنفس والبيوع إلى غير ذلك.

وفى التبصرة [٢] لابن فرحون أن التحكيم جائز فى الأموال وما فى معناها، ولا يقيم المحكم حداً ولا يلاعن بين الزوجين ولا يحكم فى قصاص أو قذف أو طلاق أو نسب.

ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مادام الحكم لم يصدر حكمه لأنه مقلد من جهتهما فلهما عزله قبل أن يحكم، أما إذا حكم فيما حكم فيه قبل عزله نفذ الحكم ولم يبطله هذا العزل.

وفى التبصرة أنه لايشترط دوام الرضا إلى حين نفاذ الحكم بل لو أقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما العدول قبل أن يحكم فإنه يفصل بينهما أيضا ويجوز حكمه، وقال سحنون: لكل واحد منهما الرجوع مالم يفصل، وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما حق الرجوع قبل أن يقاعد صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة.

وفى الدسوقى والدردير على خليل أن فى المسألة قولين والراجح أنه لايشترط دوام رضائهما حتى صدور الحكم. أما إذا رجعا معاً ولم يرتضياه قبل الحكم فلهما ذلك وليس له أن يحكم ولا يمضى حكمه إن صدر رغم ذلك[٣].

---

(١) وفي المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٨ «وينفذ حكم من حكماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء: النكاح واللعان والقذف والقصاص، فإن الإمام أو نائبه هو المختص بها، وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها، ولأصحاب الشافعي وجهان.

(٢) جـ١ ص ٤٣.

(٣) التبصرة جـ ١ / ٤٣، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٤٠، ١٤٢.

ويجوز للحكم أن يسمع البينة ويقضي بالنكول، وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع وهو مصدق فيما يخبر به من إقرار أحد الخصمين أمامه وبعدالة الشهود الذين سمعهم بحيث إذا أنكر من كان الحكم ضده صدور الإقرار منه وقيام البينة عليه ثم عرض الأمر على القضاء أخذ القاضي بقول الحكم ماداما على تحكيمهما لأن الولاية قائمة. أما إذا أخبر الحكم القاضي بأنه كان قد حكم بكذا فلا يقبل قوله لأنه انعزل بالحكم[1].

ومايقضي به الحكم وجب نفاذه عليهما عند أحمد وأبي حنيفة وقول للشافعي ، وفي رواية أخرى عن الشافعي أن حكمه لايلزمهما إلا إذا ارتضياه بعد إصداره لأن حكمه إنما يلزم بالرضا به، وهذا لايتم إلا بعد معرفة الحكم. وفي ابن عابدين[2] «وظاهر كلام الهداية وغيرها يفيد أن الحكم لايحبس، قال في البحر ولم أره» نهر. لكن نقل الحموي عن صدر الشريعة أن له الحبس.

وإذا حكم بينهما ثم تخاصما إلى حكم آخر فحكم بينهما - دون أن يعلم بالحكم الأول - بما يخالف الحكم الأول فإذا رفع الأمر إلى القاضي ينفذ الحكم الذي يوافق رأيه[3] أما إذا لم يتكرر الحكم ورفع حكمه إلى القاضي أمضاه وإن وافق مذهبه إذ لافائدة في نقضه ثم إبرامه على ذلك الوجه وجاز له أن يبطله[4] إن خالف مذهبه لأن حكمه لايلزم القاضي لعدم التحكيم منه وإن شاء نفذه[5].

---

(١) الفتح جـ ٥ ص ٥٠١، وابن عابدين جـ ٤ ص ٣٨٤ وفي المبسوط جـ ٢١ ص ٦٣ «إلا إذا كان المحجود في مجلس الحكم فقال حكمت وجحدا الحكم فإنه يصدق مادام في مجلس الحكومة ولايصدق بعد القيام منه حتي يشهد علي ذلك غيره».

(٢) جـ ٤ ص ٣٤٧.

(٣) المبسوط للسرخسي جـ ٢١ ص ٦٣.

(٤)ونقل صاحب الفتح عن مالك وابن ابي ليلي أنه لايبطله إلا ان يكون جوراً بينا.

(٥) راجع الفتح جـ ٥ ص ٥٠٠ وابن عابدين جـ ٤ ص ٣٨٥.

وأما بالنسبة للقانون فإن التحكيم أيضاً يشارك القضاء فى فض المنازعات لكن بقدر، فالتحكيم وسيلة معترف بها من الدولة للفصل فى الخصومات، وتتولى تنظيمه الدولة، وتبين متى يصح اللجوء إليه ومتى يمتنع ذلك ومتى يكون التحكيم إجباريا فيما يصح فيه من أنواع المنازعات. وفى مقابل هذا التنظيم الدقيق للتحكيم من جانب الدولة أعطت الدولة الحكم الذى يصدر من الحكمين بشروط معينة ما لأحكام القضاء من قوة تنفيذية، ويتم تنفيذها عند الاقتضاء بواسطة السلطة العامة وتحت إشراف القضاء، وقد تضمنت المواد من ٨١٨ - ٨٥٠ من قانون المرافعات المصرى كل مايتعلق بالتحكيم.

المطلب الثاني

الإفتاء

الفتيا والفتوي[١] الجواب عما يشكل من الأحكام، ويقال استفتيت فلاناً فأفتانى بكذا، والواقع أن الإفتاء تبليغ للناس عن حكم الله، ولذا فإن المفتى يجب أن يتصف بالعلم بما يبلغ وأن يكون معروفاً بالصدق حسن الطريقة مرضى السريرة عدلا فى قوله وفعله، ألا ترى أنه الأمين على أحكام الله وتبليغها للناس، وقد أسنده الله تعالى إلى نفسه إذ يقول ﴿ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم﴾ ويقول ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة﴾.

والاجتهاد وإن كان أعم من الإفتاء لأن المجتهد يستنبط الأحكام له أو لغيره فيما وقع من الأمور وأحياناً فيما لم يقع، فإن الإفتاء لايكون إلا فيما وقع وسئل فيه المفتي، وإن كان فى القضاء والإفتاء إخبار بحكم الله الواجب الاتباع إلا أن إخبار القضاء ملزم[٢] وتقوم الدولة بما لها من سلطان على تنفيذه، أما الفتوى فهى

(١) وفي المصباح الفتوي بالواو بفتح الفاء وبالياء بضم الفاء اسم من أفتي العالم إذا بين الحكم، والجمع الفتاوي بكسر الواو - وقيل يجوز الفتح للتخفيف.

(٢) رسائل ابن عابدين جـ ١ ص ١٠ ، وراجع تهذيب الفروق جـ ٤ ص ٨٩ - ٩٨ الفرق ص ٢٢٤ بين قاعدة الفتوي وقاعدة الحكم.

مجرد إخبار وإن التزم بها المستفتى ديانة إلا أن الدولة لاسلطان لها على تنفيذ هذه الفتوى على المستفتى، ولذا سمى الأول حكما، أما إخبار المفتى فهو مجرد فتوي، والفتوى تكون حتى فى العبادات بخلاف الحكم، وعلى هذا فكل ما يتأتى فيه الحكم يتأتى فيه الفتوى ولاعكس.

وأول من قام بوظيفة الإفتاء هو محمد بن عبد الله فكان يفتى عن الله بوحيه المبين، وكانت فتاويه جوامع لأحكام ومشتملة على فصل الخطاب وليس لأحد مخالفتها. ثم قام من بعده بهذا المنصب الفقهاء من أصحابه(١)، ومن بعدهم كانت الفتيا فى علماء التابعين الذين انتشروا فى المدن الإسلامية(٢).

وكان الناس إذا وقعت لهم واقعة وأرادوا معرفة حكم الله فيها استفتوا أى مفت وجدوا. إذ القول بمقالات الناس والفتيا بمذهب الواحد من الناس لم يكن عرف قديماً. ولم يكن الناس عليه فى القرنين الأول والثاني. أما هذان القرنان فقد حدث فيهما شيء من التقليد غير أنه لم يظهر التقليد واضحاً إلا فى منتصف القرن الرابع الهجري(٣)

(١) والذين حفظت عنهم الفتوي نحو مائة وثلاثين بين رجل وامرأة، وفيهم المكثر وهم سبعة: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وعائشة، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر.

وفيهم المتوسطون وهم ابو بكر، وام سلمة، وانس بن مالك، وابو سعيد الخدري، وابو هريرة، وعثمان وعبد الله بن عمرو بن العاص، وعبد الله بن الزبير، وابو موسي الاشعري، وسعد بن أبي وقاص، وسلمان الفارسي ، وجابر بن عبد الله، ومعاذ بن جبل. ويضاف إليهم طلحة ، والزبير ، وعبد الرحمن بن عوف، وعمران بن حصين، وعبادة بن الصامت، ومعاوية ابن ابي سفيان.

وفيهم المقلون وهم من عدا هؤلاء، راجع إعلام الموقعين لابن القيم.

(٢) كان في المدينة سعيد بن المسيب، وفي مكة عطاء بن أبي رباح، وفي الكوفة إبراهيم النخعي، والشعبي، وفي البصرة الحسن البصري، وفي اليمن طاووس بن كيسان، وفي الشام مكحول.

(٣) حجة الله البالغة للدهلوي.

وكان لايقوم بالإفتاء فى هذه العصور المتقدمة إلا من توافرت فيه شروط الاجتهاد، ثم بعد هذه القرون وجد التقليد الصرف وكثر الجدل والخلاف وبدأ البحث فى هل يصح أن تسند وظيفة الإفتاء إلى غير المجتهد وهل يتقيد فى فتواه بمذهب إمامه إلى غير ذلك؟

والمفتى إذا كان مجتهداً وجب أن تتوافر فيه شروط الاجتهاد وأن يلاحظ عند إجابته نفسية المستفتى وبيئته وأن يتفهم جيداً واقعة الاستفتاء. ويرى البصرى وجماعة من الأصوليين أنه لايجوز لغير المجتهد أن يفتى بمذهب أحد المجتهدين لأنه لو جاءت الفتوى بطريق الحكاية لجاز ذلك للعاصي، ولكن المختار أن الفتوى تصح إذا كان المفتى مجتهداً فى المذهب مطلعاً على مآخذ من يقلده[(١)]، بل يقول ابن السبكي[(٢)]، ويجوز للمقلد الإفتاء وإن لم يكن قادراً على التفريع والترجيح لأنه ناقل لما يفتى به عن إمامه وإن لم يصرح بنقله عنه، ويعقب على هذا بقوله «وهذا فى الواقع فى العصور المتأخرة».

وفى فتاوى ابن حجر : إنه لايجوز لمن يأخذ العلم من الكتب دون تلقيه عن العلماء أن يفتى من كتاب، بل قال النووى : ولا من عشرة كتب أو عشرين كتاباً، إذ قد تعتمد كلها على مقالة ضعيفة فى المذهب،أما من أخذ العلم عن أهله وصارت له فيه ملكة نفسانية فإنه يميز الصحيح من غيره[(٣)].

ويقول ابن عابدين[(٤)] : «والإجماع على أن من أراد الإفتاء أن يتبع القول الذى رجحه علماء مذهبه، وأن يعرف حال من يفتى بقوله من ناحية الرواية والدراية، وإذا تعارضت الأدلة ولم يوجد ترجيح وأفتى بما يوافق قولا أو وجهاً فى المسألة وجب عليه النظر فى الترجيح[(٥)]. وينبغى على المفتى ألا يذهب بالمستفتى مذهب الشدة ولايميل به إلى طرف الانحلال[(٦)].

---

(١) الأحكام للآمدي جـ ٤ ص ٣١٦. (٢) جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٩٩.

(٣) رسائل ابن عابدين جـ١ ص ١١ وراجع تهذيب الفروق جـ ٢ ص ١١٦ - ١٣٥ الفرق الثامن والسبعون بين من يجوز له الإفتاء ومن لايجوز.

(٤) رسائل ابن عابدين . (٥) المصدر السابق. (٦) الموافقات للشاطبي جـ ٤ ص ١٥٨ .

وللمفتي مادامت له ملكة وبعض مقدرة على الاجتهاد والتمييز بين الأدلة واستعراض الآراء في المذهب أن يتخير منها ماهو أنسب لمصالح الناس وأقرب إلى تحبيبهم في أمور دينهم دون اتباع للهوى أو إرضاء لحاكم[١] فباب الرخص مفتوح بين يدى المفتى إذا كان فى الأخذ بالعزائم مايوقع الناس فى الضيق والحرج.

وينبغى على المفتى أن يعمل فيما يعرض له من أمور تخصه بما يفتى به الغير ولا يترخص لنفسه بما لا يترخص به لغيره وإلا لأسقط هذا من مهابته وشكك الناس فى فتواه أو فى عدالته.

وإذا كان فى البلد مفت واحد وجب الرجوع إليه، وإن تعددوا : فيرى ابن حنبل والقفال من أصحاب الشافعى أنه يجب على المستفتى أن يستفتى الأعلم والأورع، لأن قول المفتى فى حق العامى كالأدلة فى حق المجتهد وطريق التحرى بالنسبة للعامى يكون بالشهرة والتسامع.

وذهب آخرون إلى أن العامى له استفتاء أى واحد منهم دون تحر أو اختيار، بل من الفقهاء من قال إنه يجوز استفتاء المفضول مع وجود الأفضل، والرسول عليه السلام يقول «أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم»[٢]وقد سبق بيان ذلك.

وليس للعامى المستفتى الرجوع بعد الاستفتاء إلى مفت آخر فى نفس المسألة وإنما يلزمه اتباع ماجاء به، أما فى غيرها من المسائل فالمختار أن من حقه أن يرجع إلى غيره[٣]. وينقل ابن السبكى «أن ابن الصلاح قال : إنه يلزم على المستفتى العمل بقول المفتى إن لم يوجد مفت آخر، فإن وجد تخير بينهما والأصح جواز الرجوع إلى غيره[٤]».

---

(١) حكي الباجي أنه وقعت له واقعة فافتوا فيها بما يضره فلما سالهم قالوا ما علمنا أنها لك، وافتوه بالرواية الأخري التي توافق قصده، ويقول: وهذا لاخلاف بين المسلمين في أنه لايجوز.

(٢) الآمدي جـ ٤ ص ٣١٧، والمستصفي للغزالي جـ ٢ ص ٣٩٠، والموافقات للشاطبي جـ ٤ ص ١٥٩.

(٣) جمع الجوامع جـ ٢ ص ٤٠٠، والآمدي جـ ٤ ص ٣١٨.

(٤) وقد علق العطار في حاشيته علي هذه العبارة بما هو محل نظر. فارجع إليه جـ ٢ ص ٤٠٠، ٤٠١.

ويجب على ولى الأمر تتبع أقوال المفتين وتصفحها، ومنع من لم يصلح وتوعده بالعقوبة إن عاد، وإن من عمل المحتسب أن ينكر على المتصدى للفتوى دون أن يكون أهلا لها عمله، وأن يظهر أمره كى لايغتر به الناس. لأن الأثر المترتب على هذا هو إيقاع الناس فى المهالك، ومثل من يفتى بغير علم كمثل من يرشد الركب إلى الطريق والمسالك دون أن تكون له به دراية أو معرفة، وكمن يطيب الناس وليست له دراية بالطب.

وكتب الفقه والأصول تناولت مايتعلق بالمفتى والفتوي، ومنها ماعنون لذلك بالإفتاء، ومنها ماعنون بأدب المفتي، ومنها ماعنون لها برسم المفتي، يتناولون بالبيان العلامات التى تميز الأقوال فى المذاهب، وتبين الراجح من المرجوح، والصحيح من الضعيف ، وما يتبع عند تلقى الفتوى من الناس وعند كتابتها وردها والترتيب بين المتقدمين للفتوي.

هذا وقد خصصت الدولة فى العصور المتأخرة وظيفة للإفتاء تعين فيها أحد رجال الدين الذين اشتغلوا بالقضاء وخصصت له ديواناً تابعاً لوزارة العدل يسمى ديوان الإفتاء وأسندت الإفتاء فى الأقاليم إلى نواب المحاكم الشرعية حينما كانت قائمة، كما وجدت لجنة للفتوى بالأزهر.

وفتوى المفتى وإن كان لايلتزم بها القضاء إلا أنها هادية ومرشدة، مثلها مثل فتوى قسم الرأى (إدارة الفتوى والتشريع التابعة لمجلس الدولة)[1] غير أن فتاوى

(١) عندما أنشئ مجلس الدولة المصري لأول مرة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦نصت المادة الثانية منه علي انه يشمل المجلس أقساماً ثلاثة : «محكمة القضاء الإداري، وقسم التشريع، وقسم الرأي» وفي القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ضم قسم الرأي والتشريع تحت لواء جمعية عمومية خاصة بها فزاد ذلك القربي بينهما، وفي سنة ١٩٥٢ صدر المرسوم بقانون ١١٥ الذي جعل قسم الرأي يتكون من (شعب وإدارات). ومنذ ٢٩ / ٣/ ٥٥ بدأ العمل بالقانون الحالي لمجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الذي وضع تنظيما جديداً شاملا لمجلس الدولة وجعله يتكون من قسمين : «القسم القضائي، والقسم الاستشاري للفتوي والتشريع». وخصص القسم الثاني من هذا القانون (المواد من ٣٧/٤٦) للقسم الاستشاري وتناولت المواد (٤١ - ٤٦) منها اختصاصات هذا القسم.

هذا القسم خاصة بالقوانين واللوائح وما يعرض عليها من الجهات الحكومية، والإفتاء فى الفقة الإسلامى عام للأفراد والهيئات بأنواعها، ومع هذا فهى فى التشريعين غير ملزمة قبل أن تأخذ صفة رسمية من ولى الأمر، أو من القضاء.

= وبذلك يكون قسم التشريع قد ادمج في قسم الرأي (الفتوي) لأن الصياغة التي يقوم بها قسم التشريع ليست في الواقع إلا استفتاء، فهي من نوع عمل قسم الرأي في موضوع القوانين واللوائح، فالعمل متداخل إذ من يفتي في الموضوع لابد أن يصوغ نصوص المواد، ومن يبحث في الصياغة لابد أن ينظر في الموضوع، وكلاهما عمل غير ملزم قبل أن يصير قانوناً رسمياً - راجع كتاب مجلس الدولة للأستاذ الدكتور عثمان خليل الطبعة الرابعة سنة ١٩٥٦.

وهذا وقد تضمنت المادة (٤١) أن قسم الرأي يختص بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من رياسة مجلس الوزراء والوزارات والمصالح العامة، كما نصت المادة (٤٢) أن إدارات قسم الرأي تتولي صياغة مشروعات القوانين التي تقترحها الحكومة عدا بعض أمور استثنتها المادة،وفي المادة (٤٣) أن لرئيس الإدارة أن يحيل إلي اللجنة المختصة مايري إحالته إليها لاهميته من المسائل التي ترد إليه من الوزارات أو المصلحة لإبداء الرأي فيها.

المبحث الثاني
ولايتا المظالم والحسبة

المطلب الأول
ولاية المظالم

وهى سلطة قضائية أعلى من سلطة القاضى والمحتسب، فهى تنظر من المنازعات مالا ينظره القاضي، بل تنظر ظلامة الناس منه، فهى وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء،وهى فى أصل وضعها داخلة فى القضاء، ويسمى متوليها صاحب المظالم، وينظر واليها ظلامات الناس من الولاة والجباة والحكام أو من أبناء الخلفاء أو الأمراء أو القضاة. وكان بعض مايختص بنظره والى المظالم لايحتاج إلى ظلامة متظلم وإنما ينظره من تلقاء نفسه وبعضها موقوف نظره على طلب من المتظلم، وقد حصرها الماوردي[1] فى الآتى :

١- تعدى الولاة على الأفراد أو الجماعات من الرعية.

٢- جور الجباة فيما يجبونه من الأموال فإن كان مااستزادوه رفعوه إلى بيت المال أمر برده، وإن أخذوه لأنفسهم استرده لأربابه ونظر فى أمرهم.

٣- رد ما اغتصبه ولاة الجور وذوو النفوذ والبطش.

٤- كتاب الدواوين فيتصفح أحوال ما وكل إليهم.

٥- النظر فى الوقوف العامة وإمضاؤها على شروط واقفيها.

وهذه الأمور لايتوقف نظرها على إقامة دعوى وإنما يكفى لفحصها ونظرها أن يصل ذلك إلى علمه.

٦- تظلم المرتزقة من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم وإجحاف النظر بهم.

(١) الأحكام السلطانية ص ٧٦.

٧- النظر فى الوقوف الخاصة فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها.

٨- تنفيذ أحكام القضاة التى تعذر عليهم تنفيذها لعلو قدر المحكوم عليه وعظم خطره.

٩- النظر فيما يعجز عن نظره ولاة الحسبة فى المصالح العامة.

١٠- مراعاة استيفاء حقوق الله من العبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والحج والجهاد.

١١- النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين.

وأغلب هذه الأمور كما ترى تتعلق بمقاضاة رجال السلطان ونوابهم، كما تتعلق بتظلم موظفى الدولة من تعسف رؤسائهم، ولذا فهو أشبه ما يكون من الناحية الغالبة على اختصاصاته بالقضاء الإدارى عندنا الذى هو أحد قسمى مجلس الدولة[1]، كما أنه فى

---

(١) وتنص المادة (٣) من القانون ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ علي أن القسم القضائي يؤلف من المحكمة الإدارية العليا، ومحكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية، وهيئة مفوضي الدولة. وقد بينت المواد ٨،٩،١٠،١١،١٣،١٤، اختصاصات هذه المحاكم وفيها أن مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري يختص بالفصل في الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات الإقليمية والبلدية، والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم، والطعون المقدمة من ذوي الشأن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح علاوة، والطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الصادرة بإحالتهم إلي المعاش أو الاستيداع أو فصلهم من غير الطريق التأديبي، والطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم (٨٣) وكذا في طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في المادة السابقة إذا رفعت إليه بصفة أصلية أو تبعية (م٩) وفي المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر (م١٠) وفي الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي متي كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها (م١١)

وتختص المحاكم الإدارية بصفة نهائية بالفصل في طلبات إلغاء القرارت الإدارية النهائية الصادرة-

بعض اختصاصاته يشبه بوجه ما عمل النيابة الإدارية والمحاكم التأديبية(١).

= بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو منح علاوة، أو بالإحالة إلي المعاش أو الاستيداع أو الفصل من غير الطريق التأديبي أو في منازعات الضرائب والرسوم (م١٣)

وليست دراستنا محلا لتفصيل شيء من ذلك.

(١) النيابة الإدارية سلطة تحقيق أنشئت في مصر بمقتضي القانون ٤٨٠ لسنة ١٩٥٤، وهي هيئة مستقلة تابعة لرياسة الجمهورية، المادة الأولي من القانون ١١٧ لسنة ١٩٥٨ والمعدل بالقانون ٥٩ لسنة ١٩٥٩، وقد منحت سلطات واسعة نص عليها القانون المذكور، وهي تنقسم إلي قسمين: قسم للرقابة والفحص، وقسم للتحقيق، وقد تضمنت المادة الخامسة أن لقسم الرقابة والفحص أن يتخذ الوسائل اللازمة لتحري المخالفات الإدارية والمالية والكشف عنها، وله في سبيل ذلك الاستعانة برجال البوليس والموظفين الذين يندبون للعمل بالقسم المذكور، ويحرر محضر يتضمن ماتم إجراؤه والنتيجة التي أسفر عنها. كما أشارت المادة السادسة إلي أنه: إذا أسفرت المراقبة عن أمور تستوجب التحقيق أحيلت الأوراق إلي قسم التحقيق بإذن من مدير عام النيابة الإدارية أو من الوكيل المختص بقسم الرقابة.

علي أن المادة الثالثة قد تناولت اختصاصات النيابة الإدارية بصفة عامة. فجاء فيها «تختص النيابة الإدارية بالنسبة إلي الموظفين الداخلين في الهيئة والخارجين عنها والعمال بما يأتي:

١- إجراء الرقابة والتحريات اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية.

٢- فحص الشكاوي التي تحال إليها من الرؤساء المختصين أو من أي جهة رسمية من مخالفة القانون أو الإهمال في أداء واجبات الوظيفة.

٣- إجراء التحقيق في المخالفات الإدارية والمالية التي يكشف عنها إجراء الرقابة وفيما يحال إليها من الجهات الإدارية المختصة، وفيما تتلقاه من شكاوي الأفراد والهيئات التي يثبت الفحص جديتها».

أما المحاكم التأديبية، فقد روعي في إنشائها أن يكفل للجمهور الذي يتعامل معه الموظف تحقيق المصالح المناطة بالمرفق العام، وفرض التزامات معينة علي الموظف تتلخص في قيامه بواجبات وظيفته علي احسن وجه. وقد تضمنت المواد من ١٨ - ٣٢ تشكيل المحاكم الابتدائية وتنظيمها.

وإذا ما ثبت للنيابة الإدارية من التحقيق ارتكاب الموظف للجريمة فإنها تحيل الأوراق إلي المحكمة التأديبية وتباشر أمامها الدعوي (م٢٢)، وأحكام المحاكم التاديبية نهائية ولا يجوز الطعن فيها إلا أمام المحكمة الإدارية العليا.

وولاية المظالم عرفت من قديم فقد كان ملوك الفرس يرونها من قواعد الملك وقوانين العدل، وأدرك العرب فى الجاهلية مالها من أهمية، وقد نظر الرسول المظالم بنفسه(١) وكذا لم يتدب للمظالم أحد من الخلفاء الأربعة لأن الناس كان يقودهم التناصف إلى الحق ويزجرهم الوعظ عن الظلم وما يجرى بينهم من منازعات كان فى أمور مشتبهة يوضحها حكم القضاء غير أن علياً حينما تأخرت إمامته واختلط الناس فيها احتاجوا إلى صرامة فى السياسة فنظر فى مظالم الناس وإن كان لم يعين لذلك يوماً.

وكان أول من أفرد للظلامات يوماً عبد الملك بن مروان، وكان إذا أشكل عليه أمر رجع فيه إلى قاضيه وإلى الفقهاء، وكان عمر بن عبد العزيز قوياً فى الحق ودفع الظلم عن المظلوم، فرد مظالم بنى أمية على أهلها حتى خيف عليه فقال: «كل يوم أتقيه وأخافه دون يوم القيامة لاوقيته . .» وقد كتب أبو يوسف إلى الخليفة هارون فى رسالة الخراج «يا أمير المؤمنين تقرب إلى الله بالجلوس لمظالم رعيتك تسمع من المظلوم وتنكر على الظالم، ولعلك لاتجلس إلا مجلساً أو مجلسين حتى يسير ذلك فى الأمصار والمدن فيخاف الظالم وقوفك على ظلمه . .»

وكثيراً ماكانوا يعهدون بهذا المنصب إلى وزرائهم أو قضاتهم(٢) وأمروهم بأن يجعلوا لنظر المظالم يوماً معروفاً يقصد فيه المتظلمون، وكانت محكمة المظالم تنعقد

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٣.

(٢) وقد تقتضي السياسة أو العدالة إنابة احد هؤلاء، فقد حضرت امرأة أمام المأمون وهو جالس لنظر المظالم فسألها عن خصمها فقالت: القائم علي راسك العباس ابن أمير المؤمنين فأمر قاضيه وقيل وزيره بأن يجلسها معه وينظر مابينهما بحضرته فلما ارتفع صوتها زجرها أحد الحجاب فقال الخليفة : دعها فإن الحق أنطقها والباطل اخرسه، ونفذ المأمون ماقضي به نائبه من أمر ابنه برد ضياعها عليها . فهو لم يباشر المظلمة بنفسه لما اقتضته السياسة لأن التظلم من ابنه وقد يكون علي حق فيقضي له وهذا لايجوز منعاً للتهمة، كما أن الخليفة تنحي عن نظر هذه المظلمةمحافظة علي مهابته وحرية المتظلمة في استيفاء الدعوي واستيضاح الحجة، راجع الأحكام السلطانية للماوردي ص ٨١.

فى المساجد (١) كغيرها من المحاكم القضـائية. غير أن والى المظالم لابد فى مجلسه أن يحاط بخمس جماعات مختلفـة حتى تكسب مجلسه مهابة وتعطى له قدرة على التنفيذ.

١- الحماة والأعوان. لجذب القوى وتقويم الجرئ.

٢- القضاة والحكام ، لاستعلام مايثبت عندهم من الحقوق ومعرفة مايجرى فى مجالسهم بين الخصوم.

٣- الفقهاء ليسألهم فيما يشتبه عليه ويستأنس برأيهم.

٤- الكتـاب ، ليثبتوا مـاجرى بين الخـصوم ومـا توجه لهم أو عليـهم من الحقوق.

٥- الشهود ليشهدهم على ما أوجبه من حق.

المطلب الثاني
ولاية الحسبة

الحسبة(٢) وظيفـة دينية مـن باب الأمر بالمعـروف والنهى عن المنكر الذى هو فرض على القائم بأمور المسلمين، يعين لذلك من يراه أهلا له(٣).

- وفي تاريخ الإسلام السياسي جـ ٣ ص ٣١٥ نقلا عن تاريخ الخلفاء للسيوطي ٢٥٣، وقد جلست بعض النساء للنظر في المظالم فقد تمتعت أم الخليفة المقتدر بنفوذ كبير واتسعت سلطتها إلي حد أنها استطاعت أن تعين قهرماناتها (ثومال) صاحبة للمظالم سنة ٣٠٦هـ فكانت تجلس في مكان شيدته أم الخليفة في الرصافة وتنظر في رقاع الناس كل جمعة، فكانت تجلس وتحضر القضاة والأعيان وتبرز التواقيع وعليها خطها.

(١) وقد بني الخليفة المهدي (٢٥٥ - ٢٥٦) قبة لها أربعة أبواب كان يجلس فيها وسماها (قبة المظالم). راجع مروج الذهب جـ ٢ ص ٤٣١. أشار إليه الدكتور حسن إبراهيم في تاريخ الإسلام السياسي . جـ ٣ ص ٣١٤.

(٢) وفي القاموس حسبه حسبانا وحسبا وحسابا وحسبة. والحسبة بالكسر الأجر واسم من الاحتساب وهو حسن الحسبة حسن التدبير، واحتسب عليه أنكر منه المحتسب.

(٣) وعرفها الماوردي ص ٢٣٠ بأنها الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله يقول الله «ولتكن منكم أمة يدعون إلي الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر».

والمعروف كل تصرف حسنه الشارع وأمر به، والمنكر كل تصرف قبحه الشارع ونهى عنه، والنهى عن المنكر من أمهات الفرائض التى بهـا تتهذب النفوس ويصان الدين من الضياع، والسكـوت عليه إثم ومخالفة للشـرع يقول الرسول : من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان.

والأصل فى هذه الولاية ماروى عن النبى أنه وقف على صـبرة طعام - أى عرمة من القمح - فى السـوق بالمدينة فأعجبه حسنه فأدخل فـيه يده فنالت أصابعه بللا ثم تأفف ونادى: ياصاحب الطعـام ماهذا؟ فقال : أصـابته السمـاء، قال أفلا جعلتـه فوق الطعـام حتى يراه الناس؟ وقال : «أيهـا الناس، لاغش بين المسلمين، من غشنا فـليس منا» وقد ولى النبى السـوق لمن يتفقـده فقـد استعـمل سعـيد بن العاص بن أمية على سوق مكة بعد الفتح، واستعمل عمر إحدى النساء على سوق المدينة»[1]

وأول من وضع نظام الحسبة هو أمير المؤمنين عمر بن الخطاب[2]، وإن كانت التسمية نفسها عرفت فى عهد المهدى العباسى[3] (١٥٨ / ١٦٩) .

والشريعـة الإسلاميـة تقضى بوجوب الحـسبة على كل مـسلم مكلف يعلم حكم الدين فيما يدعو إليه لقوله تعالى **﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾** ولما رواه أبو بكر أن الرسـول عليـه السلام قال:

«ما من قوم عملوا بالمعاصى وفـيهم من يقدر على أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشكوا أن يعمهم الله بعذاب من عنده . .» ولا تعارض فى هذا مع قوله تعالى

(١) تاريخ القضاء لعرنوس ص ١٠٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) تاريخ الإسلام السياسي للدكتور حسن إبراهيم جـ ١ ص ٥٣٠.

﴿عليكم أنفسكم لايضركم من ضل إذا اهتديتم﴾ إذ المراد إذا فعلتم ما كلفتم به لايضركم تقصير غيركم، ومما يدل على اهتمام السلف بالحسبة ماقاله أبو الدرداء «لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم سلطاناً ظالماً لايجل كبيركم ولايرحم صغيركم».

وإنما ينبغى لوجوب الاحتساب أن تكون دعوة المحتسب مثمرة وأن يكون آمناً على نفسه من الأذى بسبب دعوته، ويرى الغزالى أن الحسبة تجب إذا كان القائم بها يعلم أن دعوته سيترتب عليها زوال المنكر دون أن يلحق به ضرر، أما إذا كان يترتب عليها إحداث منكر آخر أو التغالى فى فعل هذا المنكر فإنها لاتجب بل قد تحرم. كما يرى أنها تستحب إذا أمن الداعى على نفسه وعلم أن دعوته لافائدة منها، أو يعلم أنها تفيد منع المنكر ولكن يلحقه من وراء ذلك بعض الضرر.

ومن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر دعوة الأمة الإسلامية سائر الأمم والشعوب إلى دعوة الحق يؤيده ظاهر قوله تعالى **﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾** وقوله تعالى **﴿الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر﴾** وقد سبق أن بينا فى كتابنا (مباحث الحكم) الطريق الأمثل لتحقيق هذا الواجب وتبليغه على الوجه المفيد النافع، وقلنا إنه يجب أن تخصص الأمة الإسلامية بعض أبنائها من علماء الدين وتزود كل جماعة منهم بلغة وطبائع وعادات وتاريخ الأمة التى سيبعثون إليها تبصرهم بالأديان التى هم عليها حتى يكونوا على بينة من كل ذلك فيتمكنوا من تبليغ دعوة الإسلام فيأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر، بالإضافة إلى تزويدهم ببعض دراسات فى علم النفس والأخلاق حتى تصل دعوتهم إلى القلوب ولا ينفر الناس منهم مصداقاً لقوله تعالى **﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن ..﴾** وقوله ﴿فبما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك﴾ ومصداقاً لقول الرسول «لايأمر بالمعروف ولاينهى عن المنكر

إلا رفيق فيما يأمر به رفيق فيما ينهى عنه، حليم فيما يأمر به حليم فيما ينهى عنه، فقيه فيما يأمر به فقيه فيما ينهى عنه». ومن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هداية الضال وإرشاده، وإنارة الطريق له بالموعظة الحسنة والقول اللين ومد يد المعونة الأدبية والمادية، ويا حبذا لو خصصت الدولة جانباً من المال لينفق بإرشاد المحتسب على الداعين إلى الفضيلة لمقاومة الرذيلة والمنكر حتى يمكن مقاومة من انحرف بسبب الفاقة أو الجهالة .

والمحتسب القائم بالدعوة بالمعروف ومقاومة المنكر يجب أن يكون مكلفاً مؤمناً آمناً عالماً بحكم الشرع، ويرى بعض الفقهاء كالماوردى أن يكون عدلا عاملا بما يأمر به منتهياً عما ينهى عنه لعموم قول الله تعالى **﴿يا أيها الذين آمنوا لِمَ تقولون مالا تفعلون۝ كبر مقتاً عند الله أن تقولوا مالا تفعلون﴾** وقوله **﴿أتامرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم..﴾**

غير أن فريقاً من الفقهاء ومنهم الغزالى لا يشترط ذلك لعموم ما ورد فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من الكتاب والسنة، ولأن اشتراط ذلك قد يعطل الاحتساب كما قال سعيد بن جبير «إن لم يأمر بالمعروف إلا من لايكون فيه شىء لم يأمر أحد بشىء» ، ويدل على ذلك ما روى عن أنس أنه قال : «قلنا يا رسول الله الا نأمر بالمعروف حتى نعمل به كله ولا ننهى عن المنكر حتى نجتنبه كله؟ فقال: بل مروا بالمعروف وإن لم تعملوا به كله وانهوا عن المنكر وإن لم تجتنبوه كله».

والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإن صح من كل مسلم دون تعيين أو تنصيب، فإنه ينبغى أن يتطوع كل مسلم لذلك، إلا أن نفراً من الفقهاء يرى أن الحسبة وإن صحت من كل مسلم تتوافر فيه الشروط السابقة فإنها لاتجب إلا بتفويض من ولى الأمر لما فيها من ولاية واحتكام، ولما قد يؤدى إليه من فوضى واضطراب وفتن وقلاقل. أما جمهور الفقهاء فإنهم يرون وجوبها على كل مسلم قادر لقوله تعالى **﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾** ولقول الرسول «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا»

والذي تطمئن إليه النفس أن مجرد النصح بالحكمة والموعظة الحسنة أمر لايحتاج إلي إذن ويجب علي كل مسلم وجوباً كفائياً، أما ما فوق ذلك من أعمال الحسبة : من مقاومة وتقديم للقضاء فإنه ينبغي أن يكون عن طريق والي الحسبة المعين من قبل الإمام، ولا مانع لأي مسلم من تبليغ والى الحسبة عن أي منكر يراه ليقوم هو بدوره ويحكم وظيفته بمقاومته - ويمكننا أن نجمل الفرق بين المحتسب والمتطوع وبين والى الحسبة في الآتي :

١- هو فرض عين للمحتسب لتعينه له وتعاطيه أجراً عليه فلا يستطيع التشاغل عنه بينما هو بالنسبة لغيره فرض كفاية، وهو من نوافل عمله ويجوز له أن يتشاغل عنه.

٢- المحتسب منصوب للاستعداء إليه فيما يجب إنكاره، ويجب عليه إجابة من استعداه، أما المتطوع فلم ينصب لهذا ولا يلزمه الاستجابة إليه إلا عند الضرورة.

٣- المحتسب يبحث عن المنكرات الظاهرة يتتبعها لينكرها علي فاعليها، كما يفحص ما ترك من المعروف الظاهر ليأمر بإقامته وليس علي المتطوع ذلك.

٤- إن المحتسب له أن يتخذ اعواناً يندبهم، وله أن يعزر في المنكرات الظاهرة.

وكان لوالي الحسبة أن يولي عنه نواباً في سائر البلاد والأماكن، وله أن يجلس في المسجد كل يوم ويطوف نوابه علي أرباب الحرف والمعاش. ولابد في المحتسب أن يكون عالماً من أهل الاجتهاد في أحكام الدين، وإذا كانت مسألة تختلف فيها وجهة النظر حمل الناس علي رأيه واجتهاده، وقيل ليس له ذلك، وعلي هذا الرأي لايشترط في المحتسب أن يكون مجتهداً ويكفي أن يكون عارفاً بالمنكرات المتفق عليها.

ولاينبغي أن يؤاخذ الناس بأول ذنب يصدر منهم إذ الناس غير معصومين، فإذا عثر علي من نقص في مكيال أو بخس في ميزان أو غش في بيع إلي غير ذلك مما هو من اختصاصه، استتاب فاعله وأنذره فإن عاد عزره بما يليق، كما ينبغي أن

يلازم الأسواق والدروب في أوقات الغفلة ويتخذ له عيوناً، وبذا يكون الإسلام في العفو عن الجريمة الأولي ومحو أثرها واستتابة الشخص أسبق من سائر القوانين وأبعد منها مدي.

اختصاص والي الحسبة :

يأمر بالمعروف وينهي عن المنكر، ويحمل الناس علي المصالح العامة في المدائن ويمنع من المضايقة في الطرقات من بروز الحوانيت أو وضع السلع فيها حتي لايعوق نظام المرور، ومنع الحمالين وأهل السفن من الإكثار من الحمل، فقد روي أن عمر ضرب حمالا لأنه حمل جمله مالا يطيق. ومن عمله الحكم علي أهل المباني المتداعية للسقوط بهدمها وإزالة ما يتوقع منها من أضرار، ومنع معلمي الصبية من ضربهم ضرباً مبرحاً، ويمنع التعدي علي حدود الجيران، ويجوز أن يستعدي إليه الناس[١] فيما يتعلق بحقوقهم الداخلة في وظيفته مثل بخس في كيل أو تطفيف في وزن أو غش أو تدليس في بيع، وحمل المماطلين علي الإنصاف لأن الاستعداء في هذا للتجاحد والتناكر[٢]، بل كان الحال يصل بالمحتسب أن يمر علي أرباب المناصب العظيمة إذا رأي تقصيراً فيما يلزم فعله منهم[٣]، ولا يتوقف عمل المحتسب وحكمه علي نزاع أو استعداء بل له أن ينظر ويحكم فيما وصل إلي

(١) يقول الماوردي ص ٢٣٢ «وليس هذا علي عموم الدعاوي وإنما يختص بثلاثة أنواع : الأول ما يتعلق ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن، الثاني ما يتعلق بغش أو تدليس في بيع أو ثمن، الثالث فيما يتعلق بمطل وتأخير لدين مستحق مع المكنة لتعلق هذه الدعاوي دون غيرها بمنكر ظاهر هو منصوب لإزالته.

(٢) فليس له سماع الدعاوي الخارجة عن ظواهر المنكرات كالدعاوي المتعلقة بالعقود والمعاملات وسائر الحقوق التي تتوقف علي الدعوي وتسمع فيها البينات.

(٣) يروي أن أحد المحتسبين في بغداد مر يوماً علي باب القاضي ابن حماد فرأي الخصوم جلوساً علي بابه ينتظرون جلوسه لينظر بينهم وقد علا النهار وهجرت الشمس، فوقف واستدعي حاجبه وقال له : بلغ القاضي أن الخصوم جلوس بالباب وقد بلغتهم الشمس وتأذوا بالانتظار فإما جلست وإما بلغتهم عذرك لينصرفوا.

علمه من أي طريق،وليس له أن يسمع بينة علي إثبات الحق، ولا أن يحلف يميناً علي نفيه، وقد أطال الماوردي في بيان اختصاصات والى الحسبة(١).

وموضوع الحسبة إلزام الحقوق والمعونة علي استيفائها، فوظيفة القاضي الحكم بين الناس بطريق الإلزام، أما وظيفة المحتسب فهي النظر فيما يتعلق بالنظام العام والآداب مما لا ينبغي لأحد مخالفته أو الخروج عليه، وفي الجنايات أحياناً مما يحتاج الفصل فيها إلي سرعة، أما وظيفة والى المظالم فهي من ورائهما إذ ينظر واليها أيضا ما استعصي من أحكام علي القاضي والمحتسب.

وأخيراً فإن ولاية الحسبة في الفقه الإسلامي تشبه في الجملة دون التفاصيل النيابة العامة في النظم الحالية، والمحتسب من ناحية أصل الفكرة يقوم بعمله الآن

---

(١) وفي الأحكام السلطانية ص ٢٣٣ قد بين الماوردي اختصاصات والى الحسبة وقال إنها تشتمل علي فصلين أحدهما الأمر بالمعروف: ومنه ما يتعلق بحق الله في الجماعة كترك صلاة الجمعة في وطن مسكون به عدد ممن تجب بهم صلاة الجمعة اتفاقاً، فإن من عمل المحتسب أمرهم بإقامتها او تعزيرهم، وما تعلق بحق الله في الأفراد كتأخير الصلاة حتي يخرج وقتها فإنه إذا كان إهمالا أدبه، وهكذا كل أوامره بالمعروف في حقوق الله.

وما يتعلق بحق الآدميين من الأمر بالمعروف عاماً كالبلد إذا تعطل شربه أو استهدم سوره ولامال في بيت المال فإنه يطلب إصلاحه من كافة ذوي المكانة، ولم يكن له ان ياخذ الناس جبراً بالعمارة وإنما أعلم السلطان إذ ليست هذه المصلحة من عمله وحسبته، وأما إن كان حقاً خاصاً كالحقوق إذا مطلت والديون إذا أخرت فللمحتسب أن يامر بالخروج منها مع المكنة إذا استعداه أصحابها وليس له أن يحبس بها لأن الحبس حكم.

وما تعلق بالأمر بالمعروف في الحقوق المشتركة فكأخذ الأولياء بنكاح الايامي من أكفائهن إذا طلبن وإلزام النساء العدة إذا فورقن.

الفصل الثاني : النهي عن المنكرات : ومنها ما يتعلق بحق الله خالصاً ما تعلق منها بالعبادات أو المعاملات او المحظورات. ومنها ما ينكر من حقوق الآدميين المختصة كمن يتعدي حد جاره وهذا لايكون إلا باستعداء، ومنها ما ينكر من الحقوق المشتركة كالمنع من الإشراف علي منازل الناس . . وهكذا فقد استرسل في بيان هذه الأقسام وذكر الأمثلة عليها من ص ٢٣٤ - ٢٤٩ آخر الكتاب.

بصفة عامة النائب العام ووكلاؤه لأنهم قائمــون علي مراعاة الحقوق العامة المتعلقة بالمجتــمع. فهناك بعض شبه من ناحـية الاختصــاص إذ وظيفة كل منهمــا تختص بالنظر العام والآداب مما لا ينبـغي لأحد مخالفتـه أو الخروج عليه[١]، وهناك وجه

(١) يوجد لدي المحاكم بالجمـهورية العربية المتحدة نائب عام يعاونه مـحام عام أول وعدد كاف من المحامين العامين ومن رؤساء النيابة ووكلائها ومسـاعديها ومعاونيها (المادة ٢٨) من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٩ في شأن السلطة القضائية.

والوظيفة الأساسيـة للنيابة هي مباشرة الاتهام فتمـثل دور المدعي في الدعوي الجنائية لمصلحة الجماعة، ولاتملك التنازل عن الحق في رفع الدعوي بعفو أو من باب التسامح، وإذا حصل منها تنازل فـلا يقيـدها ولا يمنعـها من رفع الدعـوي، وإذا رفعـتهـا فـلا تملك سحبهـا. وهناك اختصاصات أخري للنيابة أهمها :

١- النظر في أمر كل من تقع منه مـخالفة لواجبـاته أو تقصير في عـمله وله أن يطلب رفع الدعوي التأديبية عليه.

٢- التحقيق في مواد الجنح والجنايات طبقاً للأحكام المقررة لقاضي التحقيق.

٣- يكون تنفيذ الأحكام الصـادرة في الدعوي الجنائية بناء علي طلب النيابة العامـة، التي يلزمها أن تبادر إلي تنفيذ الأحكام الواجبة التنفيذ الصادرة في الدعوي الجنائية.

٤- تتولي رعاية مصالح عديمي الأهلية والغائبين والتحفظ علي أموالهم والإشراف علي إدارتها.

٥- إبداء الرأي في بعض القضايا المدنية المرفوعة إلي القضاء باعتبارها طرفاً منضماً ، وقد يكون هذا واجبا كالتدخل في القـضايا المدنية أمام محكمة النقض في جميع الأحـوال، وقد يكون متروكا لتقديـر النيابة فيجـوز لها أن تتدخل في قضـايا الأحوال الشخصيـة التي تقضي فيـها المحاكم الجزئية.

٦- الإشراف علي السجون وغيرها من الأماكن التي تنفذ فيها الأحكام الجزئية.

٧- الإشراف علي الأعمال المتعلقة بنفوذ المحاكم.

٨- رفع الدعوي في غير المسائل الجنائية فطبقاً للمادة (١٠٩) من قانون السلطة القضائية تقام الدعوي التأديبيـة علي القضاة من النائب العام بناء علي طلب وزير العدل أو مـجلس القضاء الأعلي أو الجمعـية العموميـة للمحكمة التي يتبـعها القاضي -(راجع كل هذا في شـرح قانون الإجراءات الجنائية للأستاذ الدكتور محمود مصطفي أستـاذ قانون العقوبات والإجراءات الجنائية وعميد كلية حقوق القاهرة السابق).

=

شبه من ناحية صلتها بالقضاء ومنزلتها منه فكلاهما متصل بالقضاء وكلاهما دونه في المرتبة(١)، وهناك وجه شبه من ناحية مايشترط في الشخص ليكون أهلا لتولي هذه الوظيفة فيشترط فيه أن يكون عالماً من أهل الاجتهاد في أحكام الدين، فلا مانع من توليه القضاء عند توافر شروطه فيه، وللمحتسب أن ينيب عنه نوّاباً في سائر البلاد وأن يستعين برجال الشرطة، وكذا فإن النائب العام يكون من بين رجال القضاء، ووكلاؤه لابد أن يكونوا ممن يصلحون للتعيين في وظائف القضاء وهم في أعمالهم يستعينون برجال الشرطة أيضا(٢).

وإن كانت هناك فوارق كثيرة تفصل بينهما، إلا أنها بصفة عامة لاتمنع من جعل وظيفة الحسبة في الفقه الإسلامي أساساً لوظيفة النيابة العامة الآن، كما أن مبادئ الفقه الإسلامي لاتمنع تطوير النظم في الدولة بمايتلاءم مع حضارة العصر ويحفظ كيان الجماعة ويساير مصالح الناس.

= هذا، وبالجملة فالنيابة العامة تشتمل النيابة الجنائية وهى المقصود عند الإطلاق، ونيابة الأحوال الشخصية التي تسهر علي رعاية أموال القصر والمحجور عليهم. وقد اقتضت ضرورة اتساع العمل تجزئة عمل النيابة وتقسيمه إلي عدة نيابات : فنيابة أمن الدولة وتنظر في الجنايات والجنح المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج وبعض الجرائم التي تضر بأمنها في الداخل، ونيابة المخدرات، ونيابة الأحداث، ونيابة المرور، ومعظم أعضائها من رجال الشرطة استثناء.

كما توجد نيابة للشئون المالية والاقتصادية، ونيابة عسكرية لأمور التموين وهي غير النيابة العسكرية التي تختص بنظر الجرائم الخاصة بالعسكريين في وزارة الحربية لما لهم من خصائص مميزة - وهي تشبه إلي حد ما النيابة الإدارية.

(١) يقول الأستاذ الدكتور محمود مصطفي في المرجع السابق ص ٥٥ «وأعمال النيابة لاتصل في خطورتها إلي درجة أعمال القضاء».

(٢) يكون تعيين النائب العام أو المحامي العام الأول من بين مستشاري محكمة النقض أو مستشاري محاكم الاستئناف أو من في درجتهم من رجال القضاء أو النيابة، والنائب العام هو المكلف أصلا بمباشرة الدعوي الجنائية في سائر أنحاء القطر، يقوم بذلك بنفسه أو بواسطة أحد أعضاء النيابة «م٢ فقرة أولي أ.ج» راجع المصدر السابق ص ٤٥، ٤٧.

القسم الرابع

بعض النظريات العامة
في الفقه الإسلامي

نظرية الحق

وسنتناول الكلام عنها فى فصول ثلاثة : الأول فى منشأ الحق وأقسامه، الثاني فيمن يثبت له الحق،الثالث في حق الملكية

الفصل الأول

منشأ الحق واقسامه

قلنا إن النظريات هي المفاهيم الكبري التي يؤلف كل منها علي حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً في الفقه الإسلامي، متحكما في كل مايتصل بموضوعه(١). ودراسة هذه النظريات من غير شك تعطي الدارس ملكة فقهية عاجلة، وتجمع له شتات الفكرة، وتنير له الطريق، وتيسر له السبيل.

وقلنا إن فقهاء الشريعة لم يتجهوا قديماً إلي استخراج النظريات العامة والكتابة عنها، وإن كانوا قد كتبوا عن القواعد وتوسعوا فيها.

وإن ما سنتناوله هنا من النظريات العامة تحتاج كل نظرية منها إلي مجلد خاص لاستيعابها مما لا يتسع له هذا المدخل، ولذا فإننا سنعمل هنا علي مجرد توضيح الفكرة والخطوط العامة مع المقارنة الإجمالية ليتعرف القارئ علي مجموعة من النظريات في الفقه الإسلامي ولو معرفة عامة، ولكي لانثقل عليه أو نرهقه.

تعريف الحق :

الحق في اللغة العربية له عدة معان ترجع كلها في الواقع إلي الثبوت والوجوب ومن هذا قول الله تعالي(٢) : **﴿لقد حق القول علي أكثرهم فهم**

---

(١) انظر في هذا الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ مصطفي الزرقا ص ٢١٦ وما قدمناه قبل.

(٢) سورة يس جـ ٧/٢٢.

لايؤمنون﴾. أي ثبت ووجب عليهم، ومنه قوله تعالي [١]: ﴿ليحق الحق ويبطل الباطل﴾ أى يثبت الحق ويظهره».

ولم يبعد فقهاء الشريعة الإسلامية في فهمهم للحق وتصويرهم له عن هذا المعني اللغوي، فلم نقف لهم علي تعريف مصطلح عليه لكلمة حق، وإنما يعمدون إلي المعني اللغوي، وكل ما استطعنا الوقوف عليه، أن أحد الفقهاء[٢] قال: «الحق الموجود، والمراد به هنا حكم يثبت» فهو إذاً قد عرف الحق بأنه هو الحكم[٣] الذي قرره الشارع.

والشرعيون لم يصطلحوا علي تفسير خاص للحق اكتفاء بمعناه اللغوي، ومع هذا فقد وردت عدة تعريفات له، يقول الأستاذ الشيخ علي الخفيف[٤] : «وهو مصلحة مستحقة شرعاً» ويعرفه الأستاذ الزرقا[٥] : «بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا».

وفقهاء القانون في العصور الحديثة اتجهوا إلي أن الحق سلطة يقررها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين[٦]، أو أنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون[٧].

---

(١) سورة الأنفال جـ ٨/٩.

(٢) هو الفقيه عبد الحليم بن محمد أمين الكندي صاحب حاشية قمر الأقمار علي كتاب نور الأنوار شرح المنار.

(٣) الحكم هو خطاب الله تعالي المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً. راجع لنا مباحث الحكم عند الاصوليين مع أن الحق عند الفقهاء أثر الخطاب وليس نفس الخطاب.

(٤) في مذكراته عن الحق والذمة لطلبة الدراسات العليا ص ٣٦.

(٥) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد جـ٢ ص ١١.

(٦) نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامي مدكور ص ٩.

(٧) الأستاذ الدكتور السنهوري مصادر الحق جـ ١ ص ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨.

منشأ الحق :

من أقدم العصور والآراء تتجه إلي الإقرار بفكرة الحق، وإن كانت مختلفة في مواقع الحقوق وحرمتها، وكان ذلك سبباً في التشاحن والمنازعة بين الناس.

وقد أشرنا قبل إلي أن حقوق الأفراد في نظر الفقه الإسلامي ليست حقوقاً طبيعية، ولكنها منح إلهية تستند إلي المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل عليه، الا تري أنهم يقولون «المراد بالحق، حكم يثبت». وأنه مصلحة مستحقة شرعاً. وهذا يفيد بكل وضوح أن الحق يثبت من قبل الشارع لأن هذا هو مفهوم كلمة حكم عند الشرعيين.

ومادام الحق هو الحكم الثابت، فإن المثبت للحقوق بداهة هو الشارع وليس لأحد معه تشريع في أي ناحية[١] . فالشريعة الإسلامية باعتبارها خاتم الشرائع جاءت بالكثير من النظم المدنية حماية للحقوق وتقديساً لها، وأوصلتها بإرادة الله تعالي.

وعلي هذا فالحق في الفقه الإسلامي وليد الشرائع ولم يكن حقاً طبيعياً، وإنما هو منحة إلهية يعطيها للأفراد وفق ما يقضي به صالح الجماعة.

وعلي هذا فقد قيدت حقوق الأفراد في استعمالها بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بالجماعة، فليس للفرد مطلق الحرية في استعمال حقه كما كان عليه فقهاء القانون حتي العصر الحديث، بمعني أنه السيد المطلق الذي لايحد من سلطانه في ذلك أي إنسان حتي لو تعسف في استعمال ذلك الحق وأضر بالآخرين.

وفقهاء القانون حديثاً أدركوا ماقرره الفقه الإسلامي من إبان عصوره الأولي، وبعدوا عن المذهب الفردي واتجهوا إلي أن القانون هو الذي ينشئ الحقوق ويمنحها للأفراد وفق مايقضي به الصالح العام، وعرف هذا بالمذهب الاجتماعي تبعاً لأن المجتمع هو الأساس في نظره doctrine droit social فهم لم يخالفوا الفقه الإسلامي في المبدأ إلا من ناحية المصدر، فمصدره عندنا هو الشارع

---

(١) راجع في ذلك موضوع الحاكم في كتابنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

بأحكامه التي نص عليها أو التي وضع الأمارات ليستنبطها الفقهاء بالرأي، أما عندهم فمصدر الحق هو القانون(١)، غير أن القانون في إثباته للحق إنما يعتمد علي

(١) القانون وإن كان يقوم أساساً علي تقرير الحقوق من ناحية وفرض الواجبات من ناحية أخري إلا أن فقهاء القانون يتجادلون فيما إذا كان القانون هو المؤسس علي الحق أم الحق هو المؤسس علي القانون، فقد كان اتجاه رجال القانون في الأزمان السالفة حتي نهاية القرن الثامن عشر إلي أن الفرد يولد مزوداً بحقوق طبيعية لصيقة بصفته الإنسانية من قبل أن يوجد القانون أو تقوم الجماعة، بل إن القانون لا يوجد والجماعات لاتقوم إلا لحماية هذه الحقوق وتمكين الأفراد من التمتع بها، وهذا الاتجاه هو ماعرف بالمذهب الفردي doctrine du droit individuel وهو الذي خلفته مدرسة القانون الطبيعي والمدرسة الفلسفية التي تميز بها القرن الثامن عشر.

وفي العصر الحديث نبتت فكرة مضادة عند رجال القانون هي أن القانون هو الذي ينشئ الحقوق ويمنحها للأفراد وفق ما يقضي به صالح الجماعة علي ماذكرنا عاليه.

وفي نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور ص ٣ طبعة سنة ١٩٥٣ «إن الخلاف بين المذهبين من ناحية ثبوت الحقوق لأصحابها نظري إذ لايقوم في الوقت الحاضر تشريع واحد ينحاز انحيازاً مطلقاً إلي المذهب الفردي، وإنما جرت التشريعات علي المزج بين المذهبين، وأصبح من المقرر وفقاً لهذا المذهب المركب systeme trens-personnel أنه لايجوز لأحد أن يتمسك بحق لايستند إلي قاعدة قانونية، فالقانون في التشريع الحديث هو مصدر الحقوق جميعا».

هذا والشرائع والقوانين حينما تقرر حقاً تنشئ في الوقت ذاته واجباً مقرراً علي الكافة نحو هذا الحق وهو واجب سلبي يقتصر علي مجرد احترام الحدود المرسومة له.

علي أن وجود فكرة الحق تعرضت لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها ووجودها، وكان أعنفهم في ذلك الفقيه الفرنسي ديجي Duguit والحق عنده هو قدرة أو سلطة إرادية لصاحبه علي فرد من الأفراد هو المتحمل بعبء الواجب القابل لهذا الحق. أي أن الحق، يفترض إخضاع إرادة إنسانية هي إرادة فرد من الأفراد لإرادة إنسانية أخري هي إرادة صاحب الحق.ولقد عرض هذا الرأي وناقشه الزميل الاستاذ الدكتور حسن كيرة في كتابه المدخل للقانون سنة ١٩٥٤ من ص ٣٤٤.

ومن ينظر إلي الحق من خلال صاحبه يعرفه بأنه تلك القدرة أو السلطة الإدارية المعطاة لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم، ومن ينظر إليه من خلال الموضوع يعرفه بأنه مصلحة يحميها القانون، ولكن الفقه الحديث ينظر إلي الحق عند تعريفه إلي صاحبه وإلي الموضوع معاً، ويعرفه بأنه سلطة يقررها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين.

وقائع أو أحداث أو أمور معينة يعتبرها مصادر الحق المباشر التي تولده، وهي لاتقتصر علي توالد الحق وإنشائه بل تمتد إلي نقله أو تغييره أو انقضائه، وقد ردوا هذه المصادر المباشرة إلي نوعين أساسيين: **الواقعة القانونية والتصرف القانوني**(١).

إطلاقات كلمة الحق

وللحق إطلاقات مختلفة عند فقهاء المسلمين(٢) منها ماهو عام شامل لكل حق فيشمل الملك سواء أكان نقداً أم منقولا أم عقاراً أم دينا(٣) أم منفعة(٤) أم أمراً آخر كالحقوق المجردة. وهي أمور اعتبارية وأوصاف شرعية تجعل من ثبتت له قادراً علي تحصيل ما تعلقت به كحق الانتفاع، وحق التملك، والخيارات، وحق إمساك الصغير، وحق ولاية التصرف في مال الغير، والولاية علي النفس، إلي غير ذلك من الحقوق الاعتبارية.

وتارة يريدون منه الحق المجرد فقط ، وأكثر مايكون ذلك إذا استعمل في مقابلة الملك والمال كما جاء في الوصايا والمواريث وبعض مواطن من الوقف.

وتارة يطلقون الحقوق ويريدون منها مرافق العقار كحق الشرب والمسيل وحق الجوار وحق الطريق وحق التعلي، ويطلقونه أحياناً ويريدون به ما يتبع العقد من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ أحكامه وتمكن كل عاقد مما أعطاه له العقد من

---

(١) الواقعة القانونية هي كل عمل مادي طبيعي أو اختياري يرتب القانون عليه أثراً قانونياً من إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله، والتصرف القانوني هو عمل إرادي محض إذ هو اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني من إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه.

(٢) كفاية المتخصصين لأستاذنا الشيخ السنهوري ص ٢٣.

(٣) الدين : وصف ثابت في الذمة يثبت به الحق في المطالبة، ومادام الدين وصفاً لاعيناً فهو في الواقع لايكون مالا، راجع تفصيل ذلك في كتابنا الوصايا في الفقه الإسلامي.

(٣) المنافع كل ما يستفاد من الأشياء مما لا يمكن حيازته بنفسه كسكني الدار وقراءة الكتاب وركوب الدابة.

حكم، مثل ضمان خلو المعقود عليه من العيوب ومطابقته لأوصاف العقد والتزام البائع برد المبيع عند اكتشاف العيب، والتزامه بتسليم المبيع وأداء الثمن، والمطالبة بإيفاء الزوجة عاجل صداقها إلي غير ذلك مما بحثوه في كتاب الوكالة من ناحية من الذي ترجع عليه هذه الحقوق، هل الوكيل أم الأصيل الذي ترجع إليه أحكام العقد علي ما سنبينه في نظرية العقد.

أقسام الحق :

يختلف تقسيم الحق تبعاً لاختلاف المعني الذي يدور عليه التقسيم، فله أقسام كثيرة، لايعنينا منها هنا إلا أقسامه من ناحية من يضاف إليه الحق، وهو بهذا الاعتبار ينقسم كما يري الأحناف ومن تابعهم إلي قسمين[1] :

حق الله، وحق العبد، وفرعوا منهما قسمين آخرين : هما ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، أو حق العبد غالب.

حق الله :

الأحناف ومن تابعهم يريدون بحق الله كل ما يتعلق به النفع العام دون مراعاة أفراد، وهو أشبه ما يكون في القانون بالأمور المتعلقة بالنظام العام. غير أنه عندنا شامل للمصلحة العامة الأخروية والدنيوية ولا يخرج عنه إلا المصلحة الدنيوية الخاصة، ونسبته إلي الله قصد بها الإعلاء من شأنه، وأن يحرص الناس عليه دون إهمال أو تقصير. ومثلوا لذلك بحرمة الزني التي يتعلق بها عموم النفع من سلامة الأنساب وصيانة الفراش، ومنع الضغائن والمنازعات بين الناس، واعتبروا من حقوق الله الخالصة التي لايمكن لأحد إسقاطها أو التنازل عنها :

---

(١) أما الشاطبي فيري حق الله وحق العبد ثابتين في كل حكم، ويري ان حق الله هو عبادته وامتثال أوامره واجتناب نواهيه، وحق العبد ما فيه مصلحة للعباد إما عاجلا وإما آجلا فهو شامل لمصالحهم جميعاً في الدنيا وهو من ناحية النظر إلي حق الفرد يقابل الأحكام التي ينظمها القانون الخاص، ومن ناحية النظر إلي حق الجماعة والصالح العام يقابل ماكان من النظام العام في العرف القانوني.

العشور والخراج وعقوبة السرقة والزني وشرب الخمر والتعزيرات وحرمان القاتل لمورثه أو للموصي من الإرث أو الوصية، ومنه الجهاد في سبيل الله، فإنها كلها من حقوق الله شرعت للمصلحة العامة من غير أن يشوبها أي غرض شخصي، ولذا فإنها لاتسقط بإسقاط أحد، وجبايتها وإقامتها إنما هو للصالح العام، وفي شيء من ذلك يقول الرسول، وقد جاءه أسامة يشفع للسارق «يا أسامة أتشفع في حد من حدود الله؟! إنما أهلك من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، والذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» وكذا فإن حق الله لايستباح بإباحة أحد. فلو أباحت امرأة لآخر أن يزني بها فإن الحرمة قائمة والجزاء واقع عليه أيضاً رغم إباحتها له ذلك.

حقوق العبد :

وهي التي تتعلق بالأفراد وليس للنظام العام فيها دخل، وهي قريبة من المسائل التي ينتظمها القانون الخاص في القوانين الوضعية.

وعرف الأحناف ومن تابعهم حق العبد بأنه ما تتعلق به مصلحة خاصة دنيوية كحرمة مال الغير، فإنها حق العبد لتعلق صيانة ماله، ولهذا فإنه يستباح بإباحة المالك بخلاف حق الله فإنه لا يستباح علي ما بينا. وهذا النوع يتناول كل ماشرع لمصلحة دنيوية خاصة بالفرد دون المجموع كحق الدية وبدل المتلفات وبدل المغصوب وحق الشفعة وحق المشتري في تملك المبيع وحق البائع في تملك الثمن، وحق كل من الزوجين قبل الآخر، إلي غير ذلك مما تناوله القانون الخاص.

ويري الحنفية أن حق الله وحق العبد إذا اجتمعا في شيء ونفذ أحدهما سقط الآخر، وقالوا «لايجتمع قطع وتغريم في سرقة»، «ولا يجتمع حد وصداق في إكراه علي الزني» بينما يري غيرهم أنه لاتنافي بين الحقين فلا يمنع تنفيذ أحدهما تنفيذ الآخر.

وقد فرق الفقهاء بين هذا الحق وبين مجرد حق الوصول إليه مما يسمي في الفقه الغربي بالرخصة. فمثلا حرية الشخص في التملك والزواج مجرد رخصة

لايثبت له بذلك ملك أو معاشرة، فالإنسان يملك أن يتملك أربعين شاة ومع هذا فلا يعد قبل الشراء مالكا ولا تجب عليه الزكاة، ويملك الإنسان أن يتزوج ومع هذا فلا يعد قبل الزواج زوجاً، ولايجب عليه مهر أو نفقة، وقد نص الفقهاء علي ذلك فقالوا(١) «الحق غير منحصر في الملك بل حق التملك أيضاً حق، وحق التملك للمشتري لا يعارض حقيقة الملك للبائع لكونها أقوي منه».

ومع هذا فهناك منزلة وسط بين الحق والرخصة التي هي مجرد الإباحة تثبت لمن يجري له سبب يقتضي المطالبة بالتملك فإنه يمكن أن يعطي حكم من تملك ولو في الجملة، فإذا باع أحد الشريكين حصته في العقار فإن للشريك الآخر حقاً ثابتاً بمقتضي البيع وهو حق الشفعة، وبمجرد طلب الشفعة يتقرر حقه، فهو بهذا يعتبر في منزلة أعلي من مجرد إباحة الشراء وأدني من حق المالك، وكذا حق الدائن في تركة المتوفي المستغرقة بالدين(٢).

ويمكن مع هذا اعتبار هذا النوع حقاً شبه عيني يسوغ لصاحبه حق تتبع المال مهما اختلفت عليه الأيدي طبقاً للقاعدة الفقهية القائلة «إن دعوي العين لاتقام إلا علي ذي يد» والفقير العاجز عن الكسب الذي ليس له قريب تجب عليه نفقته، تحقق له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يكفي حاجته ومن يعول، فإنه إذا سرق من بيت المال قدر ما يكفيه قيل إنه لايقام عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك، فهو مالك من حيث الجملة تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة

---

(١) الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص ١٤٤ مطبعة الإستانة سنة ١٣٣٠هـ.

(٢) الدر المختار جـ ٤ ص ٣٤٠ كتاب القضاء، وفي الفتح جـ ٥ ص ٧٨ «وللموجب ان يرجع قبل قبول الآخر، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك، والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها. فحق التملك لايعارض حقيقة الملك ..»

للسبب البعيد مقام السبب القريب، مع أنه لايملك النفقه إلا بالمطالبة والقبض، وقيل يقام عليه الحد لأنه لايعد مالكا وهو المشهور(١)

هذا وإن كان القانون فرق بين الحق والرخصة تفرقة الفقه الإسلامي فإنه لم يعرف المنزلة التي بينهما إلا في لحدث المهود، فإن الفقه الإسلامي أسبق في معرفتها من زمن بعيد(٢).

ومع هذا ففقهاء الشريعة قديماً لم يتجهوا إلي الكتابة عن نظرية الحق ولا نعلم رغم الاستيعاب والتقصي أن أحدا كتب عنها، بينما فقهاء القانون خدموا هذه النظرية وكتبوا عنها وقسموا الحق إلي حقوق دولية كحق السيادة الإقليمية، وحق السيادة الشخصية المقررة للدولة علي رعاياها في الخارج وحق الحرب ونحو ذلك، وحقوق داخلية سياسية كانت كحق المشاركة في الحكم، وحق الانتخاب أوالترشيح وتولي الوظائف العامة. أم كانت حقوقاً عامة تتعلق بالحريات العامة التي ينصب عمل القانون علي تنظيمها تنظيما اجتماعياً كحق الشخص في استقلال تفكيره وحرمة مسكنه وحرية انتقاله، وهذه ليست بحقوق مالية ولا تقوّم بمال وتمتنع عن التعامل بالنقل أو التنازل، وهي لاتكتسب ولا تنقضي بالتقادم، أم كانت حقوقاً خاصة «مدنية» عائلية كانت أو مالية.

---

(١) راجع الفروق لأبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي مفتي المالكية جـ ٣ ص ٢٠ ، ٢٢ الطبعة الأولي سنة ١٣٤٦ هـ حيث تكلم عن الفرق بين قاعدة من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا، وبين قاعدة من انعقد له سبب المطالبة بالملك هل يعد مالكا أم لا.

(٢) راجع النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ص ٢٦٥، ومصادر الحق للأستاذ الدكتور السنهوري جـ ١ ص٥.

وقسموا الحقوق المالية التي هي المقصودة بالدرس في مدخل القانون إلي حقوق شخصية(١) وحقوق معنوية(٢) أصلية كانت أو تبعية. علي ماهو مبين في كتب مدخل القانون(٣)

---

(١) الحق الشخصي كما يراه القانون هو مجرد حق مطالبة الغير بفعل شيء أو تركه، والواقع أن التفرقة بين هذا النوع من الحقوق وبين الحق العيني يكاد يكون غير متميز في الفقه الإسلامي وسبب ذلك أن الفقهاء عند تفرقتهم بين الدين والعين جعلوا الالتزام بالعين أقرب من الحق العيني في خصائصه، وأصبح ينصب علي العين بالتزامات كالحق العيني تماما، ولذا فإنه يمكن إدماجه فيه، راجع للكاساني البدائع جـ ٦ ص ٨ وقد كتب الاستاذ الدكتور السنهوري في مصادر الحق الجزء الأول ص ٢١ محاولا القول بأن التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي بدأ يتطور إلي تمييز بين الحق الشخصي والعيني، ومع هذا فانتهي إلي وجوب الوقوف عند التمييز بين الدين والعين إذ هو التمييز البارز في الفقه الإسلامي، وناقش الأستاذ الدكتور شفيق شحاته ما قاله في كتابه نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية.

(٢) الحقوق العينية سنتكلم عنها بعد، أما الحق المعنوي فهو السلطة المقرة للشخص علي شيء لايدرك بالحواس كالأفكار والاختراعات والشهرة التجارية، ولذا نشأ ما سماه بعض فقهاء القانون بالملكية الأدبية والملكية الفنية والملكية التجارية.

وقيل إن الحقوق المعنوية تعتبر حقوقاً عينية لأنها أشبه بحق المالك في ملكه إلا أن الحقوق المعنوية تفترق عنها لأنها لم تكن قاصرة علي الربح المادي فقط، وإنما علي الشهرة الأدبية والفنية والتجارية، كما أن الانتفاع بها لايكون قاصراً علي أصحابها فقط إذ لايمكن استغلال هذا الحق إلا بتدخل الغير تدخلا إيجابيا والانتفاع بفكرته أو اختراعه، والقانون المدني الجديد لم ينظم الحقوق المعنوية في صلب مواده وإنما اكتفي بالقول بأن الحقوق التي ترد علي شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة (م٨٦).

وهناك من الفروع والجزئيات الفقهية المنثورة في مختلف كتب مذاهب الفقه الإسلامي مايمكن أن يستخرج منها هذا النوع من الحقوق تخريجاً علي قاعدة المصالح المرسلة في مجال الحقوق الخاصة، ومراعاة لمصالح الناس التي هي إحدي دعائم التشريع الإسلامي.

(٣) راجع في ذلك نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامي مدكور، والمدخل للقانون الخاص للأستاذ الدكتور البدراوي، والمدخل للقانون للأستاذ الدكتور حسن كيره.

هذا وستتناول هنا الحقوق فى الفقه الإسلامى من ناحية ماليتها وقبولها للإرث والسقوط.

الحقوق المالية وغير المالية :

١ - الحقوق المالية : وهى التى تتعلق بالأموال ومنافعها كحق تملك الأعيان والديون والمنافع، وهذا النوع من الحقوق هو المشار إليه فى قول الرسول عليه الصلاة والسلام : «من ترك مالا أو حقاً فلورثته»، وهى كثيرة: منها الاستحقاق فى الوقف بمعنى مجرد الاستحقاق لا نفس الغلة الناتجة، ومنها حق الشفعة، ومنها الخيارات، ومنها حقوق الارتفاق، ومنها حق الغانم فى الغنيمة بعد إحرازها وقبل قسمتها فالغانم ليس له قبل القسمة ملك حقيقى وإنما له حق فى أن يتملك، ومنها عند بعض الفقهاء حق الوارث فى التركة قبل قسمتها : فهم يرون أن التركة كالغنيمة لاتملك إلا بالقسمة وليس للوارث قبلها إلا حق أن يتملك، ومنها حق الموصى له فى قبول الوصية أو ردها بعد موت الموصي، وحق الموصى فى الرجوع عن وصيته. ومنها حق الواقف فى الولاية على وقفه، ونصب قوامه وعزلهم.

والحق المالى قد يكون حقا شخصياً وهو مايقره الشرع لشخص على آخر وهذا يكون إما بإحداث فعل أو تركه كحق المشترى فى تسليم المبيع والبائع فى تسليم الثمن، وحق المودع فى الأ يستعمل الوديع الشىء المودع، وقد يكون حقاً عينياً وهو مايقره الشرع لشخص على شىء فالرابطة فى الحق الشخصى تكون بين شخصين بينما العلاقة فى الحق العينى بين شخص وشىء أى أن عنصريه هما : صاحب الحق، ومحل الحق.

واستيفاء الحق الشخصى إنما يكون بواسطة من عليه الحق بالوفاء أو بمقاضاته أو بالظفر بجنس الحق على ما أجاره الفقهاء ديانة، ويمكن أن يتصور اجتماع الحقين : الشخصى والعينى فى مسألة واحدة، فإذا اغتصب منك شخص شيئاً فإن حقك المتعلق بهذا الشىء حق عينـي، وحقه قبل الغاصب فى أن يرد لك الشىء المغصوب حق شخصي.

٢- الحقوق غير المالية : هى التى لاتتعلق بالمال ولا ترتبط به. ومن أمثلتها: حق ولى المقتول فى القصاص وحقه فى العفو عنه، وكحق أحد الزوجين إذا زوجه فضولى فى إجازة النكاح أو رده، وكحق الزوجة المخيرة فى فسخ العقد أو إجازته، وكحق المعتق فى ولاء معتقه، ومن هذا الحقوق العائلية[1] التى تراعى لمصحلة الأسرة نفسها لا الأفراد باعتبارها اللبنة الأولى فى بناء المجتمع، كسلطة الزوج على زوجته الثابتة بقول الله تعالى : ﴿الرجال قوامون على النساء﴾، وولاية الأب على ابنه وحضانة الأم للصغير، ويمكن إلحاق الحقوق السياسية والطبيعية بهذا النوع.

ما يئول من الحقوق إلى مال أو يعتاص عنها بالمال :

١- الحقوق التى تئول إلى مال أو يعتاض عنها به، وهذه هى التى تعارفنا اليوم على تسميتها بالحقوق المتقومة كحق القصاص الذى يصح الصلح فيه على مال فينقلب هذا الحق بالصلح مالا، وكحق المتعة للزوج يصح الاعتياض عنه بمال كالخلع والطلاق على مال.

٢-الحقوق التى لايصلح الاعتياض عنا بمال ولا تئول إلى مال:

وهذه مثل حق الشفعة وحق الخيار[2] ومثل الحق فى الوظائف المقررة فى الجهات الموقوف عليها، كالتكايا والمدارس والمساجد، وهو محل خلاف بين متأخرى الفقهاء.

---

(١) هي سلطات مقررة لشخص علي آخر يرتبط به برابطة القرابة أو المصاهرة أو الزواج الذي هو في الواقع أساس الأسرة.

(٢) علي خلاف في ذلك بين الأحناف وغيرهم إذ يري الأحناف أنها حقوق لايعتاض عنها بالمال ويخالفهم في ذلك المالكية والشافعية علي ماهو مبين تفصيلا في بحث الشفعة في كتابنا الفقه الإسلامي وفي بحث الخيارات.

هذا وقد فرق متقدمو فقهاء الحنفية بين هذين النوعين من الحق بقولهم : إن الحق إذا كان مستقراً فى المحل الذى تعلق به صح الاعتياض عنه، وإذا لم يكن متقراً فى المحل الذى تعلق به لايصح الاعتياض عنه. وقالوا: إن الفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر، وغيره غير متقرر. ففى القصاص مثلا إذا كانت نفس القاتل مباحة فى حق من له القصاص وبالصلح بينهما حصلت للقاتل العصمة في دمه، فكان القصاص حقا متقررا، لأن محله وهي نفس القاتل يتغير حالها بزواله. أما فى الشفعة فإن المشترى يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقاً متقرراً.

لكن متأخرى الأحناف جنحوا إلى معنى آخر فى التفرقة فقالوا: إنه لايصح الاعتياض عن الحقوق التى أثبتها الشارع لدفع الضرر عن الذين تثبت لهم هذه كحق الشفعة وحق الخيار لأن صاحب الحق لما رضى بإسقاط حقه كان ذلك دليلا على أنه لا يتضرر بذلك، لذا فإنه لايستحق شيئاً. أما الحقوق التى أثبتها الشارع لصاحبها أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبها، فإنه يصح الاعتياض عنها كحق القصاص والنكاح، أى أن المدار عندهم على سبب ثبوت الحق فإن كان سببه رفع الضرر لم يصح الاعتياض عنه متقراً كان أم لا، وإن كان الحق ثبت أصالة لابقصد دفع الضرر صح الاعتياض عنه.

وفى الواقع أن ماقاله متقدمو الأحناف ومتأخروهم من تأويلات وتخريجات إنما دفعهم إلى ذلك وجود أحكام فرعية منقولة عن أئمة المذهب فأرادوا أن يضعوا قاعدة يفرقون بها بين ما وجدوا الحكم فيه أنه يصح أن يعتاض عنه بمال أو لايصح، ولا تخلو محاولتهم هذه من أن تكون محل مناقشة، والذى أعتقده أنه لا يصح اعتبار محاولاتهم هذه قاعدة تطبق على ماورد فيه نص فقهى عن أئمة المذهب ومالم يرد، وأنه لابد من الرجوع فى كل حالة إلى حكمها الخاص.

الحقوق التى تقبل الاسقاط والتى لاتقبله :

١- **الحقوق التى لاتقبل الإسقاط** : الأصل فى الحقوق أن تسقط بالإسقاط بخلاف الأعيان إلا إذا وجدت أسباب أخرى تمنع صاحب الحق من إسقاط حقه، ومن أمثلة الحقوق التى تقبل الإسقاط، حق الشفعة وحق خيار الشرط، وحق خيار العيب إلى غير ذلك.

٢- **الحقوق التى لاتسقط بالإسقاط** : قلنا إن الأصل فى الحقوق أن تسقط بالإسقاط إلا إذا منع من ذلك مانع من الموانع الآتية :

(أ) حقوق لاتقبل الإسقاط لأنها لم تجب بعد، مثل إسقاط الزوجة نفقتها المستقبلة التى لم يدخل وقتها، ومثل إسقاط حق خيار الرؤية قبل الرؤية، ومثل الولد الذى يقول أسقطت حقى فى الاعتراض على وصية أبى حال حياته ومثل إسقاط الشريك حقه فى الشفعة قبل البيع عند جمهور الفقهاء[1]، كل هذا لايسقط لأن الحق نفسه لم يوجد عند الإسقاط.

(ب) حقوق لاتسقط لأن الشارع اعتبرها وصفاً ذاتياً لصاحبه لازما له لاينفك عنه، مثل إسقاط الأب والجد حقهما فى الولاية على الصغير، ومثل إسقاط المعتق حقه فى الولاء على معتقه فلا يسقط شيء من ذلك لأنهم أجمعوا على أن الولاية كالأوصاف الذاتية لاتسقط بإسقاط صاحبها ولا بسكوته عن اشتراطها حتى ولو اشترط نفيها من الأصل. وقد قال الإمام أبو يوسف. إن ولاية الواقف على وقفه ثابتة له، شرطها فى عقد الوقف أو لم يشترطها حتى لو نفاها، لأنها إنما تثبت له كأثر من آثار ملكه السابق. فهى من الأوصاف الذاتية التى لاتسقط بالإسقاط.

---

(١) خلافا للإباضية وبرأيهم أخذ القانون المدني الجديد المادة ٩٤٨ راجع لنا الفقه الإسلامي طبعة سنة ١٩٥٥ ص ٢٩٥ الفقرة الأولي «يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع».

(جـ) حقوق لاتسقط لأن الإسقاط فيه تغيير للأوضاع الشرعية، مثل إسقاط الواهب حقه فى الرجوع فى الهبة، وإسقاط الموصى حقه فى الرجوع عن الوصية، وإسقاط المطلق رجعياً حقه فى الرجعة، فكل هذا لايسقط بالإسقاط، فالمانع هنا أن الإسقاط فيه تغيير لحكم الشرع.

(د) حقوق لاتسقط لأن للغير حقا فيها. مثل إسقاط الحاضنة حقها فى الحضانة، ومثل إسقاط المطلق حقه فى عدة مطلقته، ومثل إسقاط المسروق منه والمقذوف حقه فى حد السرقة والقذف، فإن شيئا من هذا لايسقط بالإسقاط، لأن للصغير المحضون حقاً فى الحضانة وحق الصغير مقدم، ولأن لله جل شأنه حقاً فى وجوب العدة وفى الحدود، وحقه تعالى فيها أغلب من حق العبد فيقدم مراعاة للحق الأغلب[١].

الحقوق التى تورث والتى لا تورث :

يقول عليه السلام : «من ترك مالا أو حقاً فلورثته، ومن ترك كلا أو عيالا فإلي» ولا نزاع بين أحد من الفقهاء فى أن الأعيان والديون تورث، أما المنافع فإن الأحناف يرون أنها لاتورث، وذهب آخرون إلى أنها تورث. وأما الحق فاختلف الفقهاء فيه من ناحية مايورث منه وما لايورث.

ولم يأخذ الفقهاء بقاعدة وراثة الحقوق المطلقة جملة. فبعضهم ينازع فى اشتمال الحديث على كلمة الحق، ويرى أن المروى : «من ترك مالا فلورثته». وبعضهم نظر إلى معان أخرى اعتمد عليها وقيد الإطلاق الوارد فى الحديث، وذهب آخرون إلى أن الحقوق تورث، وإليك بعض أقوالهم بالنسبة لبعض الحقوق :

---

(١) راجع التلويح والتوضيح جـ ٣ ص ١٢٩، مرآة الأصول الركن الثالث ص ٣١٢ وما بعدها، ففيها ماهو حق العبد خالصاً، وماهو حق الله خالصاً، وماهو مشترك بينهما وحق العبد غالب وماهو مشترك بينهما وحق الله غالب.

فحق الشرب وحق المرور مثلا، اتفقوا على أنها تورث حتى الأحناف، وعللوا ذلك بأنها من الحقوق المالية[١]، وحق الكفالة بالدين، وحق حبس المبيع عن المشترى حتى يستوفى البائع عاجل الثمن، وحق حبس الرهن، فإنهم قالوا: إن هذه الحقوق تورث لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة.

أما حق الغانم في الغنيمة بعد الإحراز وقبل القسمة، فإن الأحناف يرون أنها لاتورث، أما الشافعي فيرى أنها تورث، وحق خيار العيب فإن الأحناف يرون أنه يثبت للورثة ابتداء بينما الآخرون يرون أنه يورث، ومثل هذا في خيار التعيين، وخيار الشرط لا يورث عند الأحناف ويبطل بموت من له خيار التعيين، وخيار الشرط لايورث عند الأحناف ويبطل بموت من له الخيار، بينما يورث عند الآخرين، وفي حق أجل الدين إذا مات المدين فإن الأئمة الثلاثة على أنه لايورث ويحل الدين على الورثة وهو رواية عن أحمد، أما الرواية الأخرى فهي أن أجل الدين يورث لأن الموت لم يجعل مبطلا للحقوق وإنما هو علامة على الوراثة؛ وقد قال عليه السلام: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته».

من هذا ترى أن الأصل عند الأحناف أن الحقوق لاتورث إذا كانت مجرد رغبة ومشيئة إلا ماكان منها حقاً لعقار على عقار كما في الشرب والمرور ففيها الحق لايتعلق بالأشخاص، ولذا فهو دائم لازم للعقار صاحب الحق، والحق الثابت للعين ينتقل إلى ورثة من له حق الارتفاق مع العقار نفسه لأنهم تملكوه من مورثهم بما تقرر له على عقار الغير.

وأما في خيار العيب والتعيين فقد ثبت الحق ابتداء للورثة، لأن مورثهم تم رضاؤه على أساس سلامة المبيع من العيب، فثبت حقهم في تركته، على أساس

---

(١) لكن لو كانت هذه الحقوق تثبت للمورث عن طريق الوصية فإنها لا تورث «وإذا مات الموصي له تبطل الوصية حتي لاتصير ميراثاً لورثة الموصي له لأن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي ..» راجع البدائع جـ ٦ ص ١٩٠.

ذلك، ولأنه فى خيار التعيين لابد منه ليتميز ملك الورثة من ملك البائع، وقد تكلم الفقهاء فى هذا كثيراً، وليس هنا محل بحثه فارجع إليه إن شئت(١).

عناصر الحق :

يستتبع الكلام عن الحق الكلامُ عن عناصره، فهناك عنصران أساسيان :

الأول : عنصر شخصى :

يتكون من صاحب الحق والمكلف به، وستتكلم فى فصل خاص عن من يثبت له الحق، ونبين موقف الفقه الإسلامى من الأشخاص الاعتباريين، وما يجب للإلزام والالتزام بالحقوق من أهلية، وما يعترض هذه الأهلية.

الثانى : المحل الذى يرد عليه الحق :

ومحل الحق يختلف باختلاف نوعه، فبينما نجد الحقوق العامة تقع على الأعمال والماديات إذ بنا نرى الحقوق المتعلقة بالانتفاع بالأعيان سواء أكان حق انتفاع شخصى أم عينى فإنها كلها تقع على أشياء(٢)، وما دمنا لا نتكلم فى بحثنا

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٢٥ ومابعدها، وكذا في العناية بهامشه، ص ١٤٩ من نفس الجزء، المغني لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٨٢، جـ ٤ ص ٦٩ و ٤٨٦ و ٥٣٦ ومابعدها. والزيلعي جـ ٣ وجـ ٤ والمبسوط جـ ١٣ في عدة مواضع، رد المحتار جـ ٤ ، البدائع جـ ٥ في عدة مواضع منها.

(٢) أما الحق الشخصي الذي تكلم عنه القانون الذي هو الالتزام فإنه يقع علي عمل المدين إذ هو مجرد حق مطالبة الغير بفعل شيء أو تركه علي ما أشرنا. ولو كان هذا العمل وارداً علي شيء مادي معين يؤدي إلي حق عيني إلا أن الحق قبل تنفيذ الالتزام إنما يتعلق بعمل المدين لا العين ومحل الالتزم في الواقع لايدخل تحت حصر، وكل مايشترط فيه ان يكون ممكناً مشروعاً م١٣٢ و ١٣٥ فلا يصح شرعاً الالتزام بتسليم خمر أو خنزير بالنسبة للمسلم، ولايصح الالتزام بالأموال الربوية لورود حكم الشرع بالنهي عنها وعدم صلاحيتها للتعاقد حتي تكون محلا للالتزام، والحقوق الشخصية في الواقع لاتخلو من ان تكون التزاماً بإعطاء شيء أو تسليمه او بفعل شيء أو تركه.

هذا عن الحقوق العامة فإن محل الحقــوق العينية يقتضى أن نتكلم فى فصل خاص عن حق الملكية ومــا يتبع ذلك من بيان المــال وأقسامه والفــرق بينه وبين المنافع ثم نبين أقسام الملكية وحق الانتفاع الشخصى والعيني.

كما أن هناك عنصرين آخرين للحق :

الأول - مصادر الحق :

وهى إن كــانت فى الـفـقــه الغـربى مـصــدريـن : نص القــانون، وإرادة الأشخاص، وأن القانون يستند فى تقرير الحقــوق إلى الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على مــاهو مبين فى كتب القانون، فإن مصادر الحــق فى الفقه الإسلامى هى الأسباب الشرعية التى أنشأته.

فهى بالنسبة للالتزامــات «الحقوق الشخصية» العقد كــالبيع والهبة والإجارة، والإرادة المنفردة، وخــاصة بالنســبة للفقــه المالكى الذى اعتــبر الالتــزام من جانب واحــد ملزماً، وكــالوعد فى قــول عند المالكيــة، وكالنذر عند الجــميع، ومــا نص الشارع على الإلزام به ابتداء لحكمة اقتضاها التشريع كالالتزام بالنفقة والتزام الولى والوصي، أو تكون نتــيجة فــعل يأتيه الإنسان دون إرادة إلزام لــكن الشارع يرتب عليه التزاماً فإن كان الفعل ضاراً بالغيــر التزم الفاعل بإصلاح التالف وإلا فيضمن، وإن كان الفعل نافــعاً للغير صــار الفاعل دائناً للغير شرعــاً فى بعض الصور، وهو مايسمى فى القانون بالإثراء على حساب الغير[١].

ومصادر الحق بالنسبة للحق العينى هى أسباب الملك التام؛ والملك الناقص، وأسباب حقوق الارتفاق وأسباب حقى الرهن وحبس العين حتى يستوفى حقه ممن يطلبــها، وسنبين كل ذلــك فى موضــعه عند الكلام عــن الملكية. يقــول الدكتــور السنهوري[٢] إنه يمكن رد مصادر الحق فى الفقه الإسلامى سواء بالنسبة للالتزامات

(١) راجع ماقاله الأستاذ الشيخ احمد إبراهيم في مذكراته الالتزامات في الشرع الإسلامي .
(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ ١ ص ٦٩.

أم بالنسبة للحقوق العينية إلى نفس المصدرين اللذين ترجع إليهما الحقوق فى القوانين الوضعية : القاعدة القانونية والتصرف القانوني.

الثانى : حماية المجتمع للحق :

وهذا يكون بتقرير مبدأ المسئولية المدنية، وتقرير حق التقاضي، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك.

الفصل الثاني
من يثبت له الحق

قلنا إن الحق من ناحية من يضاف إليه إما أن يكون حقاً لله خالصاً أو غالباً، وإما أن يكون حقاً للعباد خالصا أو غالباً، وبينا أن الأحناف يقصدون من إضافة الحق لله مجرد التعظيم والتشريف والإشادة بأهميته واعتباره، وإنما هو في حقيقته يتعلق بالمجتمع، أي أنه من النظام العام فلا يملك أحد إسقاطه والتنازل عنه، لأنه ليس حقاً لفرد بذاته.

ونشير هنا إلي أن الفقه الإسلامي وإن كان قد أثبت حقوق العباد للأشخاص الطبيعيين من أفراد بني الإنسان، فإنه عرف في الحقيقة والواقع ثبوت هذه الحقوق لغير الأشخاص الطبيعيين مما يطلق عليهم القانون الغربي الأشخاص الاعتباريين أو المعنويين، كالمساجد والمستشفيات ودور العلم، وجهات الوقف وبيت المال، وما إلي ذلك من الكائنات المعنوية التي تدرك بالفكر لا بالحس، فيكون كل منها صالحاً لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات.

والإنسان من أول وجوده في الحياة تثبت له الصلاحية لأن تكون له حقوق وعليه واجبات دون توقف علي قدرته علي مباشرة كسب الحقوق والتحمل بالواجبات مما يسمي في اصطلاح الأصوليين بأهلية الوجوب، ويسمي في الاصطلاح القانونى بالشخصية القانونية la personnalite juridique ، وكما أن الفقه الإسلامي يثبت أهلية الوجوب لكل الأشخاص بمجرد ولادتهم[1] فإننا نجد

(١) كان المذهب الحنفي المعمول به في هذه المسالة قبل صدور قانون الميراث رقم ٧٧ السنة ١٩٤٣ علي أن الجنين يعتبر حياً إذا خرج اكثره حياً لأن للاكثر حكم الكل فجاء القانون المذكور في المادة ٤٣ واشترط ولادة الجنين جميعه حياً والمادة ٢٩ من القانون المدني نصت علي أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً. راجع لنا في ذلك «الوصايا في الفقه الإسلامى» هذا وقد نص القانون المدنى في المادتين ٣٠ ، ٣١ علي إثبات واقعة الميلاد.

الشرائع الحديثة أيضاً تثبت الشخصية القانونية كذلك لكل إنسان بمجرد ولادته[1]. فهي صفة لاصقة بالفرد وملازمة له، وليس من الناس من هو محروم منها أو معدومها.

غير أن هناك من الأفعال والتصرفات كالبيع والإجارة والهبة والزواج والإقرار بحق والشهادة علي حق، ما يشترط لاعتبارها والقدرة علي مباشرة كسبها بنفسه والتحمل بالواجبات أن يكون الشخص مميزاً علي الأقل، فلا تكون له عبارة معتبرة قبل ذلك ولا يصح منه إلزام أو التزام. وقد اصطلح الأصوليون علي تسمية هذا الشرط بأهلية الأداء أو أهلية التعامل.

وعلي هذا فإننا نجد أهلية الوجوب تثبت لجميع الأشخاص دون توقف علي شيء، بخلاف أهلية الأداء ، كما أن الحقوق والواجبات منها مايكتفي لثبوتها وتحملها بأهلية الوجوب وحدها، ومنها مالا تعتبر ولا يعتد بها إلا إذا ثبتت أهلية الأداء فضلا عن أهلية الوجوب، كما أن أهلية الأداء وإن كانت لا تثبت إلا للأشخاص الطبيعيين فإن أهلية الوجوب تثبت لكل من الشخص الطبيعي، والشخص الاعتباري أيضاً. غاية الأمر أن الشخص الطبيعي حينما يصبح مميزاً تبدأ أهلية الأداء تتصل به ويتمكن من مباشرة بعض أنواع من المعاملات بنفسه وعند البلوغ عاقلا تصلح عبارته لكل تصرف، أما الشخص الاعتباري فإنه لايتصور فيه هذا، ولابد لمباشرة التصرفات والأفعال المتعلقة به من وجود شخص أو أشخاص طبيعيين يمثلونه ويتصرفون نيابة عنه[2].

وعلي هذا فإننا سنتناول هنا الكلام عن الآتي :

---

(١) القانون الروماني لايعتبر الرقيق شخصاً حتي تثبت له الشخصية القانونية، وإنما كان يعتبره مجرد شيء، أما الفقه الإسلامي فنظرته إلي الرقيق تختلف عن ذلك إذ يثبت له أهلية وجوب ايضاً.

(٢) وهكذا في القانون المدني فقد نصت المادة (٥٣) الفقرة الثالثة «إن الشخص الاعتباري يكون له نائب عن إرادته».

أولا : أهليــة الوجــوب ويتبع الكلام عــنها، الكلام عن الـذمة والشـخص الاعتباري.

ثانياً : أهلية الأداء ، ويتبع الكلام عنها، الكلام عن التمييز والعقل والبلوغ وسن الرشد وحكم تصرفات المميز البالغ العاقل.

ثالثا : عوارض الأهلية . ويتبع هذا، الكلام عن الجنون والعته والسفه وأثر مرض الموت والدين علي الالتزامات.

رابعــا : الولاية، ويتـــبع هذا، الكلام عن الولاية علي المـال والولاية علي النفس، وسلب الولاية.

المبحث الأول

أهلية الوجوب

أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، أو هي وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وعليه(١)، ولا يبعد عن ذلك تعريف رجال القانون لها(٢)، وسميت بذلك لأنها تتعرض لما يجب للشخص كاستحقاقه قيمة المتلفات من أمواله علي من يتلفها، وكانتقال الملكية له فيما يشتري له وفيما ينقل إليه بطريق الإرث، وكوجوب النفقة علي غيره إن كان فقيراً، وحقه في ثبوت نسبه من أبيه، وحقه في أن يكون في حضانة الأم صغيرا، واستحقاقه للشيء الموصي به واستحقاقه كذلك لما يوثق عليه علي ما بيناه تفصيلا في موضعه(٣)، وما يجب عليه من ناحية أصل الحق والالتزام به كالتزامه بدفع ثمن المبيع له من ماله، والتزامه في ماله بنفقة قريبه العاجز الفقير، ووجوب الضرائب عليه في ماله وتضمينه في ماله قيمة مايتلفه للغير وكوجوب الزكاة في ماله خلافا

(١) راجع شرح المنار لابن ملك ص ٩٣٠ - ٩٣٦ ، كشف الأسرار علي البزدوي جـ ٤ ص ١٣٥٧ - ١٣٧٢ .

(٢) لكن هل الفعل يعتبر لإثبات الأهلية؟ قال المعتزلة بذلك، أما الأشاعرة فلا عبرة عندهم للعقل. يقول الرهاوي المصري في تعليقه علي ذلك بحاشيته علي شرح المنار ص ٩٣١ «والنزاع فيما يدرك العقل حسنه وقبحه» ، فالأشاعرة تقول : لا حكم للعقل فيه أصلا وإنما الحكم للشرع وحده، والمعتزلة : العقل مستقل بالحكم فيه، ونحن نقول الحكم للشرع وللعقل مدخل فيه، ولا نزاع بين المعتزلة في أن العقل مستقل يدرك كثيرا من الأحكام مثل وجوب صوم آخر أيام رمضان وحرمة صوم أول شوال والأشاعرة لا ينازعون في أن الشرع محتاج إلي العقل وأن للعقل دخلا في معرفة الأحكام لأنهم صرحوا بأن الدليل إما عقلي صرف أو مركب من عقلي وسمعي ويمتنع كونه سمعياً صرفاً لأن صدق الشارع بل وجوده إنما يثبت بالعقل.

(٣) راجع لنا كتاب الوصايا في الفقه الإسلامي، وكتاب الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية.

للأحناف[١]. وهي ملازمة لوجود الروح في الجسد من غير نظر إلي عقل وتمييز أو غير ذلك[٢]، وقال الفقهاء : إن أهلية الوجوب تبني علي تحقق الذمة وقيامها بمن تثبت له الأهلية.

وأهلية الوجوب لها عنصران : الأول عنصر الإلزام وهو يؤهل الشخص لأن تثبت له الحقوق دون أن تثبت عليه، وهذا العنصر يكون بالنسبة للشخص الطبيعي قبل ولادته. العنصر الثاني الالتزام وهو يثبت للشخص ماوجد حياً فيكون أهلا لأن يكون مديناً كما أثبت له العنصر الأول أن يكون دائناً، وهذا العنصر الأخير يستتبع وجود الذمة.

والذمة : في اللغة هي العهد[٣] وعرفها الفقهاء بأنها وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وماعليه[٤]، وهذا الوصف يتولد عن العهد، وهذه الذمة التي تنشأ من العهد تعتبر كسبب لصلاحية الإنسان لأن تجب عليه الحقوق وأن تثبت له أهلية

---

(١) راجع التلويح والتوضيح في أصول الفقه جـ ٣ ص ١٥٢.

(٢) وفي شرح المنار ص ٩٣٠ «اعلم أن لفظ العقل اطلق علي معان كثيرة منها الجوهر المجرد غير المتعلق بجسم، ومنها قوة النفس الإنسانية التي بها يتمكن من إدراك الحقائق، ومنها الغريزة التي يلزمها العلم بالضروريات أو نفس العلم بذلك، ومنها ملكة حاصلة بالتجارب تستنبط المصالح والأغراض ، ومنها قوة مميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة؛ ومنها أنه هيئة محمودة للإنسان في حركاته وسكناته وكلامه، ومنها مراتب قوي النفس الأربع .. إلخ» ويقول ابن رشد في مقدماته جـ ١ ص ٤ «العقل ومحله عند مالك القلب، وحده بعضهم بأنه العلوم الضرورية كالعلم بأن الاثنين أكثر من الواحد وأن الجسمين لايجتمعان في مكان واحد، وما أشبه ذلك مما تعم معرفته العقلاء، أو يقال فيه إنه مادة يتأتي بها درك العلوم» وفي الإحياء للغزالي جـ ١ ص ١٤٥ «العقل جسم لطيف مضيء محله الرأس، وأثره يقع علي القلب فيصير مدركا بنور العقل».

(٣) «تفسر الذمة بالعهد وبالأمان والضمان، وسمي المعاهد ذمياً نسبة إلي الذمة بمعني العهد» أ.هـ مصباح.

(٤) تنقيح الحامدية جـ ٣ ص ١٥٢.

الوجوب الكاملة(١) فالذمة والأهلية علي هذا كلاهما من خصوصيات الإنسان فلا يثبتان لسواه، كما لايثبتان له قبل وجوده حياً وتنتهيان بانتهاء حياته(٢).

فمن هذا يفهم أن الأهلية والذمة لا تثبتان إلا للإنسان الحي وله نفسه، فلا يثبتان للإنسان قبل تكوينه ولا بعد وفاته، وبالتالي لغير الإنسان بشخصه فلا تثبت علي هذا الذمة وأهلية الوجوب للشخص الاعتباري بل ويصرح الفقهاء بأن الوقف لاذمة له(٣).

الشخص الاعتباري وحقيقة نظرة الفقه الإسلامي إليه :

الفقهاء وإن كانوا يصرحون بأنهم لايعرفون الشخصية المعنوية لأن الأصل في الذمة وأهلية الوجوب أنهما من خصائص الإنسان، فإن هذا الأصل غير مطرد(٤) لوجود أحكام كثيرة في الفقة الإسلامي لاتقوم إلا علي أساس الذمة وأهلية الوجوب الحكميتين، أي علي أساس وجود شخص اعتباري، فقد أجازوا الوصية والوقف علي من لم يخلق، وأثبتوا الإرث للجنين متي تحقق أو غلب علي الظن وجوده في البطن عند موت المورث، وقالوا بعودة الملك الذي زال عن الميت في حياته إليه بعد موته كالوقف يتخرب أو يستغني عنه فإنه ينتهي وتعود ملكيته

---

(١) يقول فخر الإسلام البزدوي ، والذمة نفس لها عهد وأن الآدمي لايخلق إلا وله هذا العهد والذمة، أي لايخلق إلا وهو أهل للإيجاب والاستيجاب، بناء علي العهد الذي جري بين الرب والعبد كما تشير إليه الآيات الكريمات : ﴿وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم علي أنفسهم﴾ [سورة الأعراف]، «وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه» [سورة الإسراء. «إنا عرضنا الأمانة علي السماوات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان﴾ [سوة الأحزاب] . فقد ثبت للناس جميعاً بسبب هذا العهد ذمة كانوا بها أهلا للوجوب. راجع كشف الأسرار علي البزدوي ص ١٣٥٧، شرح المنار لابن ملك ص ٩٣٦.

(٢) الفروق للقرافي جـ ١ ص ٢٥٢.

(٣) وقد أنكر بعضهم وجود وصف الذمة وافتراضها، ويرون أنه لا ضرورة لذلك إذ يكفي تمكين الشارع للدائن من استيفاء حقه من المدين؛ ولا ضرورة للقول بأن لي في ذمة فلان كذا.

(٤) راجع شرح قانون الوقف لأستاذنا الجليل الشيخ فرج السنهور ص ٨٢١ - ٨٢٣ الفقرة ٥٥٥.

إليه فإن كان ميتاً انتقل إلي ورثته ، وأبقوا للميت علي ملكه من تركته ما يحتاج إليه في تكفينه وتجهيزه ودفنه وسداد دينه وتنفيذ وصاياه، ويبقي الموصي به علي ملك الموصي بعد موته حتي يقبل الموصي له، وأبقوا ذمة المتوفي مشغولة بالدين إذا كان له مال.

ومايفرض لبيت المال وما يجب فيه من نفقات، والأرض الموات والركاز والطرق والقناطر والمنشآت العامة : كل هذا لجماعة المسلمين وهم ليسوا أفراداً بأعيانهم، وهناك بيت المال فهو وارث من لاوارث له ويجب فيه نفقة الفقراء الذين لايوجد لهم من تجب عليه نفقتهم، كما أن المنشآت العامة من ترع ومصارف وطرق ونحوها يجب كريها وإصلاحها من بيت مال المسلمين.

وقالوا أيضاً إن اللقطة إذا كانت في حاجة للإنفاق عليها وإلا هلكت أنفق عليها من بيت المال وكان ما أنفق ديناً علي صاحب اللقطة لبيت المال.

وهذه الصدقات قد بين القرآن مصارفها، وهي طوائف وحظ كل طائفة وجب لمجموعها : «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها» الآية(١)، وقالوا بجواز الوصية والوقف علي الجهات والفقراء والمساجد والمستشفيات، وكل ما يعود نفعه علي العامة، ففي الوصية والوقف علي المسجد يكون ملك العين وغلة الموقوف للمسجد مع أنه ليس إنساناً، وقد قالوا : «إذا عقد ناظر الوقف إجارة لآخر، ثم عزل هذا الناظر لاتفسخ الإجارة لأن المؤجر هو الوقف لا الناظر» فإنهم من كل هذا يثبتون من غير شك ذمة اعتبارية وأهلية وجوب مفترضة.

ليس هذا فحسب، بل إن نفقة البهيمة واجبة علي مالكها ديانة، وقال مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف من الأحناف : «إنها واجبة علي مالكها ديانة

(١) سورة التوبة جـ ١٠ ص ٦٠.

وقضاء[١] وتكون بدعوي حسبة ترفع ضده من أي شخص إذا أهملها، فأمره القاضي بالإنفاق عليها والإحسان إليها فإذا لم يأتمر بأمره باعها عليه جبراً» وبذا تكون للحيوانات حقوق ثبتت لها ديانة وقضاء، وما هذا إلا قول بأن لها أهلية مطلقاً، ومعني ذلك كون أهلية الوجوب أيضاً، ويؤخذ هذا من عموم قوله تعالي: ﴿وما من دابة في الأرض إلا علي اللهُ رزقها ويعلم مستقرها ومستودعها﴾[٢]، ومن قول الرسول عليه السلام: عذبت امرأة في هرة سجنتها حتي ماتت فدخلت النار، لاهي أطعمتها وسقتها ولاهي تركتها تأكل من خشاش الأرض»، وبذا تجد أنها صلحت لأن تجب لها الحقوق دون أن تجب عليها[٣].

وبعد فمما تقدم نتبين أن الفقهاء إذا نفوا الذمة وأهلية الوجوب عن غير الإنسان المعين، فإنهم لاينفون إلا الذمة والأهلية الحقيقيتين اللتين تنشآن عن العقل والعهد، ولايعنون الذمة والأهلية الاعتباريتين، ومادام فقهاؤنا يقولون بذلك ويعتبرون الجهات في الوجوب لها وعليها، فإنهم قائلون حتما بالشخص الاعتباري بأوسع المعاني.

أقسام أهلية الوجوب : أهلية الوجوب قسمان : ناقصة وكاملة :

(أ) فتكون ناقصة بالنسبة للجنين بشرط ألا ينفصل عن أمه حياً، وإنما كانت ناقصة بالنسبة له لأنه يحتمل الحياة والموت قبل وجوده في الدنيا، ولولا

---

(١) راجع في ذلك المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٦٣٤ - ٦٣٥؛ فتح القدير جـ ٣ ص ٢٥٦: الهداية جـ ٢ ص ٤١ ؛ الاختيار شرح المختار جـ ٢ ص ٢٥؛ وما تقوم به جمعية الرفق بالحيوان الآن يشبه ذلك.

(٢) سورة هود جـ ٦/١٢.

(٣) كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٣٥٧؛ الرهاوي المصري علي شرح المنار ص ٩٣٧. ومن الغريب أن الأصوليين رغم هذا يقولون : «إن الإنسان هو الذي اختص بالوجوب دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة» ويقولون «الوجوب مبني علي الوصف المسمي بالذمة حتي لو فرض ثبوت العقل بدون ذلك الوصف؛ كما لو ركب العقل في حيوان غير الآدمي لم يثبت الوجوب له أو عليه».

وجـوده في الحيـاة فعـلا أو حكما لما ثبـتت له أهليـة مطلقاً، ومـعني كون أهليـة الوجـوب ناقـصـة أنه يجب له الحـقـوق التي لاتحـتـاج إلي قـبـول[١] كالوصـية والاستحقاق في الوقف وثبوت النسب وجنسية الأب بناء علي حق الدم، لأن هذه تصرفات تنشأ انفرادية بإرادة المقـر وحده، وكذلك فيثبت له حق الإرث، والوراثة خلافة عن المورث، وكذا تثبت الوصية استـحساناً من غير حاجة إلي قبول[٢]. أما الحقوق التي تحتاج إلي قبول فإنها لاتثبت للجنين لانه ليست له عبارة مطلقاً، وليس له في الفـقـه ولي عليه ولا وصـي حتي يقـبل عنه الهـبـة، وإن كانت الـشريعـة الإسلامية أجازت إقامـة أمين ليحافظ علي مال الجنين، إلا أن هذا الأمين ليس في حكم الوصي، ولا يملك التصرف باسم الجنين[٣] فالجنين لـيس أهلا لأن تجب عليه الحقوق ولا يثـبت له منها ما يحتاج إلي قـبول، وقانون المحاكم الحـسـبية ٩٩ لسنة ١٩٤٧ نصت المادة الثالثة منه علي تعيين وصـي علي الجنين ليحافظ علي ماله، ثم جـاء قانون الولاية عـلي المال رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢م ٢٨، ٢٩ بعـد ذلك بصحـة نصب الوصي علي الحمل ليقبل الهبة، كـما أشارت المادة ٢٠ من قانون الوصية بما يفيد أنه يجوز أن يعين علي مال الجنين ولـي، وفي هذه الحالة فله أن يقبل الهبة، هذا وقد جاء في مذهب مالك جواز صحة الهبة للجنين[٤].

(١) وإن كانت الشخصية لاتبدأ إلا بالولادة كما هو نص المادة ٢٩ مدني فإن الجنين تثبت له بعض الحقوق التي جـاءت بها الشريعة كـثبوت النسب واكتسـاب الجنسية والإرث والاستـحقاق في غلات الوقف (طبقاً لقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦) كـما يثبت لـه طبقـا للقانـون المدنـي م ١٥٦ حق الاستفـادة من الاشتراط الذي يشـترطه أحد المتعاقـدين علي الآخر كمـا في عقود التأمين.

(٢) يقول الفتـري علي التلويح جـ ٣ ص ١٥٦ : «إن الجنين قبل الانفصـال عن الأم جزء منها من جهة أنه يتـنقل بانتقالها، ويقر بقـرارها، ومستقل بنفـسـه من جهة التفرد بالحيـاة للانفصال» فيكون له ذمـة من وجه حتي يصلح لوجـوب الحقوق له كالإرث والوصـية والنسب»، وراجع شـرح المنار ص ١٩٣٨ وكـشـف الأسـرار جـ ٤ ص ١٣٦٠ وراجع لنا الوصـايـا في الفـقـه الإسلامي» والوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية.

(٣) المراجع السابقة

(٤) ولايصلح الجنين لوجوب الحقوق عليه حتي لواشتري الولي للجنين قبل الانفصال عن الأم شيئاً لايجب عليه الثمن» راجع المصادر السابقة.

(ب) وتكون كاملة إذا انفصل الجنين من بطن أمه حياً فإنه يستقبل في مستهل حياته أهلية وجوب كاملة، وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق والواجبات، كما يجب عليه أيضاً منها كل مايمكن أداؤه عنه كالزكاة والتعاقد، فأهلية الوجوب في الفقه الإسلامي، كما أشرنا قبل تثبت لكل شخص صغيرا كان ام كبيراً حراً كان أم رقيقاً عاقلا أم غير عاقل لأنها لاصقة بالإنسان، بل هي كما بينا تثبت لغير الأشخاص الطبيعيين.

غير أن أهلية الوجوب رغم كمالها بعد الولادة فهي لاتجعل الإنسان صالحاً للتعامل فلا يكون لصاحبها حق التعاقد والالتزام بنفسه إلا إذا كانت له أهلية اداء[1]، فأهلية الوجوب لاتتعلق بالتعامل مطلقاً إذ الذي يجعل الشخص أهلا للتعامل والتعاقد، هي أهلية الأداء[2]، ومع هذا فإنه إذا انفصل الجنين ميتاً أو ولد حياً ثم مات فإنه في الأول لاتثبت له شخصية، وفي الثاني تنتهي شخصيته بانتهاء حياته[3].

---

(١) المادة (٤٥) من القانون تنص «لايكون أهلا لمباشرة حقوقه من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز».

(٢) راجع شرح المنار وحاشية الرهاوي المصري عليه ص ٩٣٨، وكشف الأسرار جـ ٤ ص ١٣٦٠ ،١٣٦٨، الفتري علي التلويح جـ ٣ ص ١٥٦ إذ يقول : «وأما بعد الانفصال عن الأم فتصير ذمته مطلقة لصيرونه نفساً مستقلة من كل وجه فيصير أهلاً للوجوب له وعليه حتي كان ينبغي ان يجب عليه كل حق يجب علي البالغ، إلا أنه لما لم يكن أهلا للأداء لضعف بنيته اقتصر علي مايمكن أداؤه عنه، ويقول صاحب المنار ، غير أن الوجوب غير مقصود لضعف بنيته فجاز أن يبطل لعدم حكمه. فما كان من حقوق العباد من الغرم والعوض - كضمان الإتلاف وثمن البيع ونفقة الزوجة والأقارب لزمه، وما كان الأصل فيه أنه مؤنة ومعني العبادة والعقوبة فيه ليس بمقصود كالعشر والخراج ولاتجب عليه العبادات الخالصة والعقوبات».

(٣) وقد تضمنت المادة رقم ٣٠ مدني انتهاء الشخصية القانونية بوفاة الإنسان وأن الوفاة كواقعة الميلاد تثبت بجميع طرق الإثبات.

المبحث الثاني

أهلية الأداء

هى كما يقـول علماء الأصول : «صلاحية الشـخص المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا»[١] ونستطيع أن نقول إنها صـلاحية الشخص للالتزام بعبـارته، وأن يطالب غيره ويطالبـه الغير بما تم عليـه التعاقد من آثار والتـزامات، وأهلية الأداء هي الأصل فى الإنسـان الصحيح الكامل، ويصح أن نعـبر عن هذا النوع من الأهلية بأنه أهلية التـعامل، وسميت بذلك، لأنها تتـعرض لأداء الحقوق والالتزامات[٢] وإن كانت أهلية الوجوب أثراً من آثـار الذمة، فأهلية الأداء أثر من آثار العقل والتمييز.

(١) وفي كون أهلية الأداء تتوقف عليها جميع التصرفات القولية والفعلية، أو التصرفات القولية فقط محل نظر بين الفـقهاء والكتـاب من القانونيين أيضاً - راجـع ما كتبـه المرحوم الشيخ أحـمد إبراهيم في مجـلة القانون والاقتـصاد السنة الأولي ص ٣٥٢ والسنة الثـانية من ص ١، وراجع الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشـيخ أبي زهرة ٢٧١، والأموال ونظرية العقد ص ٣٢١ للدكتور محمـد يوسف - والموجز للدكتور السنهـوري ص ٨١، والنظرية العامة للحق للدكتـور شفيق شحاته ص ٧٠.

(٢) وفي القانـون أهلية الأداء (capacite diexercice) صلاحية الشـخص لان يباشر كسب الحقوق وإيجاب الالتزامات، الوسيط للدكتور السنهورى ص ٢٦٨ والالتزامات للدكتور حشمت ص ١٢٨ . أو هي القدرة علي مباشرة الأعمال القانونية، الدكتور عبد المنعم البدراوي في المدخل للقانون الخاص ص ١٣٥ .

والعمل القانوني أو التصرف القانوني عـبارة عن اتجاه إرادة الشخص إلي ترتيب أثر قانوني معين يتم نتيجة مباشرة لهذا الاتجـاه ، فالإرادة تتجه إلي إحداث أثر قانوني معين، والأثر ينشأ نتيجة لهذا الاتجاه.

أما العمل المادي فهو عمل لايقـصد من ورائه الشخص الأثر القانوني الذي ترتب عليه وإنما ترتب هذا الأثر بفعـل القـانون، فالأعـمال المادية الضارة والنافـعة تترتب آثارها لاوفـقاً لإرادة الشخص وإنما وفقاً لما أراده القانون، ولذا لم يشـترط في الالتزام بالعمل المادي أية أهلية وإنما أهلية الأداء مقصورة علي التصرفات القانونية دون غيرها.

والتمييز : هو الذى يجعل الشخص مدركا لعبارته فاهماً مايقصد بها وينتج عنها، فيعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير، ويفهم معانى الألفاظ ومدلولاتها، ومدرك ذلك كان مميزاً، وقالوا: الإنسان الطبيعى لايمكن أن يميز هذه الأشياء ويفرق بينها قبل سن السابعة(١) غالباً، ولذا كانت للإنسان مع أهلية الأداء أطوار مختلفة تختلف معه تبعاً لاختلاف عمره الذى جعل مقياساً لتمييزه، كما تختلف باختلاف سلامة عقله، أو عدم سلامته، ولذا قسموا أهلية الأداء إلى ناقصة وكاملة(٢).

أهلية الأداء الناقصة : وهى تثبت للمولود عند بلوغه سن السابعة بشرط أن يكون مميزاً ويستمر على ذلك حتى يبلغ الحلم عاقلا فتثبت له أهلية أداء كاملة، أما إذا بلغ سن السابعة فاقد التمييز بقى على حالته قبلها دون أهلية تعامل، وإن كانت له أهلية الوجوب الكاملة.

---

(١) وعلي ذلك جاء القانون المدني المادة (٤٥) الفقرة الثانية وتنص المادة (١١٠) مدني «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة» ويلاحظ أن العبرة بحالة المجموع لا حالة الفرد عند وضع التشريع.

(٢) يقول صاحب التوضيح علي التنقيح : «وأهلية الأداء قاصرة وكاملة» فأهلية الأداء القاصرة تثبت بقدرة قاصرة، وأهلية الأداء الكاملة تثبت بقدرة كاملة، والقدرة القاصرة تثبت بالفعل القاصر وهو عقل الصبي والمعتوه والكاملة بالفعل الكامل وهو عقل البالغ غير المعتوه». وفي كشف الأسرار : «لاخلاف في أن الأداء يتعلق بقدرتين : قدرة فهم الخطاب وذلك بالعقل وقدرة العمل به وهي بالبدن. والإنسان في أول أحواله عديم القدرتين لكن فيه استعداد وصلاحية لوجودهما فيه شيئاً فشيئاً حتي يبلغا فيه درجة الكمال، فقبل بلوغ درجة الكمال كانتا فيه قاصرتين كما في الصبي المميز وقد تكون إحداهما قاصرة كما في المعتوه بعد البلوغ فإنه قاصر العقل كالصبي وإن قوي بدنه، ولهذا الحق بالصبي في الأحكام. فالأهلية الكاملة عبارة عن بلوغ القدرتين أولي درجات الكمال، والقاصرة عبارة عن القدرتين قبل بلوغهما أو إحداهما درجة الكمال، ثم الشرع بني علي الأهلية القاصرة صحة الأداء، وعلي الكاملة وجوب الأداء». راجع التوضيح علي التنقيح جـ ٢ ص ١٥٨، شرح المنار ص ٩٢٩ وأصول فخر الإسلام للبزدوي وكشف الأسرار عليه جـ ٤ ص ١٣٦٨.

على أن يكون نفاذه موقوفاً على إجارة الولي، إذ الإجارة اللاحقة كالإذن السابق(١). وإن كان الإمام الشافعي يرى أن جميع عقود الصبي في حالة التصرف قبل الإذن باطلة، على ماسيأتي.

وإنما كانت الفترة بين السابقة وسن البلوغ فترة اختبار للصبي على الاتصالات المالية تحت رقابة المشرف عليه، كي لا ينتقل دفعة واحدة من طور لاعبارة له فيه مطلقا إلى طور يكون له مطلق الحرية وكامل الأهلية.

أهلية الأداء الكاملة : فإذا بلغ الصبي الحلم(٢) عاقلا ثبتت له أهلية الأداء كاملة(٣) فإذا أنتج اختباره أنه رشيد(٤) دفعت إليه جميع أمواله وزالت عنه الولاية أو الوصاية من غير توقف على إذن من القاضي أو على حكم منه(٥) لأن التعليق من الشارع كان على شرطي البلوغ والرشد فقط خلافاً لبعض الشافعية والمالكية.

---

(١) المبسوط للسرخسي جـ ٢٤ ص ١٨٢، ولا عبرة بإجارة غير الوالي كما لاعبرة بإجارة الولي الشرعي في تصرف لايملك هو شخصياً إحداثه كالبيع بالغبن وإسقاط الحقوق.

(٢) ويعرف البلوغ بالعلامات الطبيعية التي تظهر على الصبي والفتاة، وإلا حكمنا السن إذ جعله الفقهاء مظهراً للبلوغ، وقال أبو حنيفة : إنه يبلوغ الفتى السابعة عشرة من عمره، وبلوغ الفتاة الثامنة عشرة من عمرها، ويقول الصاحبان والشافعي وأحمد بن حنبل بأنه يكون ببلوغ الصبي أو الفتاة خمس عشرة سنة وهما في ذلك سواء راجع البدائع جـ٧ ص ١٧٢.

(٣) يقول صاحب التوضيح على التنقيح جـ ٣ ص ٢١٧«والسفه لاينافي الأهلية ولا شيئاً من الأحكام واجمعوا على منع ماله عنه في أول البلوغ»وسيأتي، ويقول الكاساني جـ ٧ ص ١٧١ «يزول الحجر عن التصرفات بالبلوغ سواء بلغ رشيداً أو سفيهاً،»وكذا عن أبي يوسف إلا أن يحجر عليه القاضي عند البلوغ، وعند الشافعي لايزول إلا ببلوغه رشيداً، قارن ذلك بما جاء في كتاب الملكية ونظرية العقد ص ٢٢٧.

(٤) والرشد : هو الصلاح في المال، كما هو الراجح في تعاريف الأحناف، ويقرب من هذا المالكية والحنابلة، لكن الشافعية يرونه : الصلاح في الدين والمال معاً. وعلى هذا فالفاسق عند الشافعية لا يعتبر رشيداً لان عدم حفظه لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله.راجع الفتاوي الهندية جـ ص ٤٤ والمغني جـ ٤ ص ٤٦٧ وللظاهرية كلام فيه فارجع إليه في المحلي لابن حزم جـ٨.

(٥) المبسوط للسرخسي جـ ٢٤ ص ١٦١ ، البدائع جـ ٧ ص ١٧١، المغني جـ ٤ ص ٤٦٩.

فإذا أثبت مهـارة - رشداً - قبل البلوغ فلا تثبت له أهليـة أداء كاملة ولاتدفع إليه أمواله رغم رشده، لأن كمال العقل عادة بالبلوغ ولأن الله يقول : ﴿حتى إذابلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعـوا إليهم أموالهم﴾ فالأساس فى دفع المال إليهم إنما هو البلوغ أولا.

أما إذا بلغ الصبى عاقـلا وكان غير رشيد فلا ترفع الولايـة عنه حتى يتحقق الرشد والبلوغ عند الصاحبين. أما الإمام فيرى تسليمه ماله إذا بلغ خمساً وعشرين سنة دون تحقـق الرشد لأنه لا أمل فى رشده بـعد، إذ الطباع والغـرائز لايمكن أن تتغـير، وفى هذا السن تكون الطبـاع قد تأصلت فى النفس وأخـذت مجـاريها فى الجسم، وسنتكلم عن ذلك فى السفه.

أما إذا بلغ عاقلا رشـيداً ثم أصابه السفه فلايرى أبو حنيفة الحـجز عليه ثانياً بعد أن اكتـملت أهليته لأن فى هذا إهداراً لآدميته فى سبيل المحـافظة على ماله، والمال غاد ورائح.

سن الرشد : فى الواقع أن الفقـه الإسلامى لم يحدد للرشد سناً مـعيناً لأن الرشـد هو الصلاح فى المال وحـسن إدارته، والناس فى هذا يختـلفون لاخـتلاف البيئة وطبيعة الحياة، واختلاف ظروفهم ومجتمعهم، ومرانهم الشخصي، ولذا فإن كل ما أمكن تحديده أن الشخص لايكون رشيـداً قبل البلوغ، إذ البلوغ مظنة كمال العقل كما يقول الفقهاء.

أما القانـون المصرى فقد استـقر أخيراً من سنة ١٩٢٥ على تحـديده بإحدى وعشرين سنة فتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٤ «وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة»[١] وهذا ماتفيده المادة ١٨ من قانون الولاية على المال، على أن هذا السن مشروط لمبـاشرة التصرفات الماليـة فلا يشترط فى عقـد الزواج، كما أن

(١) وهي عام لجميع المصريين مسلمين وغيـرهم، أما الأجانب فوفـقا لأحكام قانون جنسيـتهم م ١/١١ مدني ويحدثنا المرحوم الأستاذ فتحي زغلول في كتـابه شرح القانون المصري ص ٢٨ أن البلوغ القانوني كان مرادفاً للبلوغ الطبيعي، بلوغ العلامات أو بلوغ خمس عشرة سنة وفي سنة ١٨٩٦ حدد بثماني عشرة سنة هجرية.

العقود بالنسبة للصبي المميز :

والعقود بالنسبة للشخص فى هذه الفترة بين تمامه السابعة مميزاً وبين بلوغه رشيداً ثلاثة أقسام[١] :

١- ماينعقد صحيحاً نافذاً بعبارته، وهى العقود النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية.

٢- مالا ينعقد وتكون عبارته ملغاة وهى العقود التى ضررها محقق بالنسبة له كأن يضمن غيره فى دينه أو يقرض شخصاً مبلغاً من المال، أو يهب أحداً مبلغاً، أو يوصى بشىء من ماله[٢]، فلا ينعقد شىء من هذا حتى مع إجازة الولى والوصي.

٣- التصرفات المترددة بين النفع والضر تنعقد على الراجح صحيحة إذا أذنه وليه قبل التصرف وإلا فهى موقوفة على إجازة وليه كما يرى أبو حنيفة. وهذا كالبيع والشراء ونحوهما، وكذا الزواج[٣].

---

(١) راجع في ذلك كتب الأصول والفقه في مواضع مختلفة في الأهلية وفي العقود. أما القانون فالمادة ٤٦ تنص «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» وانظر المادة (١١١ مدني) فإنها تتضمن أن التصرفات النافعة نفعاً محضاً صحيحة والضارة ضرراً محضاً باطلة بطلاناً مطلقا والمترددة بين النفع والضرر موقوفة، وأن هذا النوع قابل للإبطال أو هو باطل بطلاناً نسبياً، والإبطال مقرر لصالح القاصر وحده دون الآخر، وقسم الدكتور السنهوري في الوسيط ص ٢٦٨ العقود من حيث الأهلية إلي أربعة أقسام : ١- عقود اغتناء كالهبة بالنسبة للموهوب له، ٢ عقود إدارة وهي عقود ترد علي الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلي المؤجر. ٣- عقود تصرف كالبيع. ٤- عقود تبرع كالهبة بالنسبة للواهب. فمن كان له أهلية أداء كاملة صلح لمباشرة كل هذه العقود ومن كان ناقصها صلح لبعضها كالصبي المميز فإنه يصلح لمباشرة عقود الاغتناء والإدارة بمفرده ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرفات ولا يصلح أصلا لمباشرة عقود التبرع.وأما إذا كانت الأهلية منعدمة كالصبي غير المميز فإنه لايصلح لشيء من هذه الأقسام الأربعة.

(٢) أما الوصية فالأحناف لايجيزونها من الصبي المميز حتي مع موافقة وليه أو وصيه سواء أكانت لجهة بر أم لا، راجع البدائع جـ ٧ ص ٣٣٤، والتوضيح جـ ٣ ص ١٦١ - هذا وقانون المحاكم الحسبية يجيز للقاصر أن يوصي بإذن من المحكمة الحسبية.

(٣) يقول صدر الشريعةعبيد الله بن مسعود في كتابه التوضيح علي التنقيح جـ ٢ ص ١٥٩ : «وأما»

وإنما كان ذلك ليتعود على التصرفات والعقود، وتتكون له شخصية تحت إشراف وليه أو وصيه.

تصرف الصبى المميز وأذن وليه : إذا أذن الولى أو الوصى للصبى المميز بالتجارة فباع أو اشترى بما فيه غبن فاحش فالأحناف(١) يبطلون تصرفه لأن الصبى استمد سلطة تصرفه من إذن وليه أو وصيه، وهو لا يملك هذا بنفسه فلا يملك أكثر مما يملكه من أذنه، وإذا باع من غير إذن من صاحب الولاية بضعفى ثمنه، فإنه لايجوز مادام العقد مما يتوقف نفاذه على إجازة الولى مهما كان العقد سليما وأنتج مصلحة إذ العبرة فى اشتراط إذن الولى أن يلاحظ هل خروج المبيع نفسه من ملك الصبى فى صالحه أم لا، مهما كانت قيمته، ولأن رأى الولى شرط لجواز التصرف، ونفاذه متوقف عليه(٢).

وتصرفات الصبى المميز وإن كانت فى الراجح تنعقد صحيحة إذا سبقت بإذن من وليه فى إبرامها كى يتحقق التفويض والاختيار الذى أشارت إليه الآية : ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾(٣) إلا أنه روى عن أبى حنيفة جواز مباشرة الصبى للتصرف قبل الإذن

= حقوق العباد فما كان نفعاً محضاً كقبول الهبة ونحوه يصح منه وإن لم يأذن وليه، وما كان ضرراً محضاً كالطلاق والهبة والقرض ونحوها لايصح منه وإن أذن الولي، ولا من الولي نفسه، وما يتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما يصح بشرط رأي الولي». وراجع شرح المنار وحاشية الرهاوي عليه ص ٩٤٠ / ٩٤٣ وأصول البزدوى وكشف الأسرار عليه جـ ٤ ص ١٣٧٤ هذا ويري شمس الأئمة السرخسي أن الطلاق واقع إذا دعت ضرورة إليه وكان في صالح الصبي.

(١) وفي رواية عن الإمام أنه يجوز البيع بغبن فاحش لغير الولي لأن الصبي بالإذن يأخذ حكم البالغ واستثني البيع للولي بغبن دفعا للشبهة. راجع في هذا الفتري علي التلويح جـ ٣ ص ١٦١ والتوضيح علي التنقيح جـ ٣ ص ١٦٠ - ١٦١.

(٢) راجع المصادر السابقة، والتوضيح علي التنقيح جـ ٣ ص ١٦٠ - ١٦١.

(٣) سورة النساء جـ ٤/٦ والابتلاء هو الإظهار وابتلاء اليتيم إظهار عقله بدفع شيء إليه من أمواله لاختباره وإظهار قدرته علي حفظه المال عند النوائب لأن الصبي لو عقل التجارة عقل النافع من الضار. راجع البدائع جـ ٣ ص ١٩٣.

المادة الخامسة من قانون الوصية أجازت وصية من بلغ ١٨ سنة بإذن من المحكمة، ولعل القانون المصرىساير فى هذا القانون الفرنسى والإنكليزى والألماني[١] ومع ذلك فهو لا يتنافى مع مبادئ الفقه الإسلامى بل يمكن أن يكون له سند فقهى تخريجاً على قول الإمام أبى حنيفة وأحكام فى بعض المذاهب الأربعة أيضاً من أن يكون لولى الأمر أن يحجر على مَن بلغ الحلم دون سفه لمجرد مظنة السفه، وليس بلازم فى صحة الحجر أن يصدره ولى الأمر فى كل حادثة بخصوصها، بل يصح أن يكون حجراً عاماً كأن يصدر قانوناً يحجر على من دون الحادية والعشرين[٢].

(١) أما القانون الأسباني فحدده بثلاث وعشرين سنة والسويسري بعشرين والتركي بثماني عشرة سنة.

(٢) راجع للمؤلف : الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ص ٦٠ - وبهذا لاينبغي أن يقال إن القانون في هذا مخالف لحكم الشريعة. راجع المدخل للقانون الخاص ص ١٤٨ للأستاذ الدكتور البدراوي.

المبحث الثاني

عوارض الأهلية

عوارض الأهلية : قد يطرأ على الشخص ما يؤثر على الأهليـة (أ) فيزيلها (ب) أو ينقصـها (جـ) أو يعرض له مـا يحد من تصرفاته مـن غير تعرض لأهليته فيـجعلها شبيـهة بتـصرفات ناقص الأهليـة، (د) أو لايحد من تصرفاته إلا بما فـيه المحافظة على حقوق الغير. وقد قسم علماء أصول الفقه ذلك إلى قسمين:

١- عوارض سماوية تزيل العقل كالجنون، أو تجعله مختلا كالعته.

٢- وعوارض تنشأ باكتـساب الإنسان نفسه أو بفعل غيـره كالسفه والسكر أو الدين، أو النوم والنسيان والإغمـاء، ومرض الموت، والهزل، والخطأ، والإكراه، وقالوا: إن الموت نفسه مزيل للأهلية بالضرورة[1].

وسنقصـر بحثنا على الجنون والعـته والسفـه والغفلة والحجـر بسبب الدين ومرض الموت، وقد بينا قبل حكم عقد الصـبى وسنبين بمشيئة الله فى نظرية العقد حكم عـقـد الهازل والمكـره والسكران والمخطئ والناسى والمغـمى عليـه ومن فى حكمه.

وقد تعرض بعض الأصـوليين إلى أهلية المرأة، ولذا فإنه يهمـنا أن نشير إلى أن الإسلام جعل للمرأة ما للرجل من أهلية التعامل. وإن كان قد اختصها الله فى طبيعتها بما يجعلها غير أهل لبـعض العبادات فى أوقات خاصة. وكان بعض الفقهاء يبطل تصرفاتها فى أواخر مدة الحمل ويعتـبرونه عارضاً لأنها تكون فى حالة نفسية تخشى معها الموت، فألحقوا هذه الحـالة بحالة مرض الموت، ومع هذا فمن الفقهاء من لايعتبر الحمل من عوارض الأهلية وخصوصاً بعد أن تيسرت سبل الوضع.

---

(١) راجع ذلك إن أردت التوسـعة في التوضـيح والتلويح جـ ٣ من ص ١٦١ إلي ص ٢٣٣ وشرح المنار لابن ملك ص ٩٤٣، وكشف الأسرار علي البزدوى جـ ٤ ص ١٣٨٢.

كلها، كما يكون جنوناً متقطعاً تتخلله فترات إفاقة، فتبطل معه التصرفات التي تتم في وقت الجنون، وتصح التصرفات التي تتم في الإفاقة - لكن القانون لم يفرق وأبطل تصرفات المجنون المطلقة والمتقطعة علي السواء.

والعته : آفة توجب خللا في العقل يجعل صاحبها متردداً في أقواله وأفعاله بين العقلاء ومن لا عقل لهم فيتصرف تصرف العقلاء حيناً، وتصرف المجانين حيناً، فأصل العقل موجود عند المعتوه بخلاف المجنون، والعته يشبه آخر أحوال الصبا في وجود أصل العقل مع نقص فيه فألحقوه به في جميع الأحكام[1]، ومن هذا نعلم أن المعتوه غير المجنون في الوصف وفي تصرفاته، و وأن المجنون يأخذ حكم الصبي غير المميز، والمعتوه إنما يأخذ حكم الصبي المميز.

لكن صاحب نتائج الأفكار[2]، اعتبر المعتوه في حكم المجنون إذا كانت تصرفاته تدل علي ذهاب عقله وتمييزه، واعتبره نوعاً من الجنون الساكن. وإلا فإذا كانت تصرفاته تدل علي غير ذلك أعطاه حكم الصبي المميز .

ولذا نجد بعض الكتاب[3] قد انساقوا وراء هذا وقالوا إن هناك معتوها غير مميز وأعطوه حكم المجنون ومعتوه مميز وأعطوه حكم الصبي المميز - لكن لم لا

---

(١) المصادر السابقة، وفي الفتري علي التلويح جـ ٣ ص ١٦٦ «حكم العته حكم الصبا مع العقل في كل الأحكام، وذلك لان الصبي في أول حاله عديم العقل فألحق به المجنون، وفي الآخر ناقص العقل فألحق به المعتوه»، وفي المنار ص ٩٥٠ العته بعد البلوغ كالصبا مع العقل في كل الاحكام حتي لايمنع صحة القول والفعل فتصح عبادته وإن لم تجب عليه لكنه يمنع العهدة أي إلزام شيء فيه مضرة فلا يطالب في الوكالة بتسليم المبيع ولايرد عليه بالعيب ولايصح له طلاق امرأته ولا إعتاق عبده ولو بإذن وليه ولابيعه ولا شراؤه بدون إذن الولي، ويوضع عنه الخطاب كالصبي فلا تجب عليه العبادة ولا تثبت في حقه العقوبات ويولي عليه ولايلي علي غيره.

(٢) راجع تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٣١٠، ٣١١ - ويقول الميرغيناني في الهداية جـ ٣ ص ٢٦٦ «والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لايرجح المصلحة علي المفسدة وهو المعتوه».

(٣) الملكية ونظرية العقد ص ٢٨٦، وأحكام المعاملات الشرعية ص ٢٤٧، الاموال ونظرية العقد ٣٢٨، الالتزامات للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٣٥، الوسيط في شرح القانون ص ٢٨٠ الدكتور السنهوري.

تقصر المعتوه على الأخير فقط ونعتبر الأول جنوناً ساكناً ونساير الفقهاء السابقين مادامت النتيجة واحدة، وبحثنا عنه من ناحية حكم تصرفاته فقط.

والمشرع المصري سوي بين المجنون والمعتوه في الحكم واعتبرهما من عديمي الأهلية م ٤٥/ ١ من المجموعة المدنية، ١١٤ من القانون تفيد أن تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً.

هذا والمجنون والمعتوه محجور عليهما بمقتضي الشرع من غير حاجة إلي حكم ولا يرتفع عنهما الحجر إلا بالإفاقة وزوال العلة إذا كانا قد ابتليا بعد البلوغ، أما إذا جن الصبي أو أصيب بالعته فلا يرفع عنه الحجر بزوال العلة فقط عند البلوغ بل ومع إيناس الرشد عند من يراه[1].

السفه والغفلة : السفه هو خفة تعتري الشخص فتحمله علي العمل باختياره علي خلاف موجب العقل رغم وجوده،وهو لاينافي الأهلية[2]، وقد اصطلح علي تعريفه بعدم الإحسان في تدبير المال،وتبذيره علي خلاف مقتضي الشرع والعقل.

وذو الغفلة هو من لايهتدي إلي التصرفات الرابحة بسبب البساطة وسلامة القلب مما يؤدي إلي غبنه في المعاملات المالية[3]. ومع هذا فلا فرق بينه وبين السفيه في الحكم.

---

(١) أما القانون فالمادة ١١٤ أشارت في الفقرة الأولي «علي أنه يقع باطلا تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر» وفي الفقرة الثانية «أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر علي بينة منها».

(٢) التوضيح والتلويح جـ٣ ص ٢١٧، كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٤٨٩، شرح المنار ص ٩٨٨ والدليل علي كمال أهليته تكليفه بالعبادات جميعها ومؤاخذته علي كل مايرتكبه من جنايات وصحة وقفه ووصيته وزواجه وطلاقه.

(٣) والفرق بينهما أن ذا الغفلة ضعيف الإدراك أما السفيه فكامل الإدراك لكنه مكابر في اندفاعه في إتلاف المال مما يجعله ضعيف الإرادة، وفرق بين ضعف الإادة وضعف الإدراك .

وجمهور الفقهاء يرون الحجر علي السفيه ومن في حكمه ولو كان التصرف في وجوه الخير والبر[١]، لأن الحجر للمحافظة علي ماله وعدم إضاعته حرصاً عليه وعلي أسرته. لكن الشافعي يري الحجر علي السفيه عقوبة له لإضاعة أمواله في أوجه الشر والفجور، فلا يعتبر من أنفقها في وجوه الخير سفيهاً وكذا يري أبو حنيفة أن الإسراف في وجوه الخير لايعتبر سفهاً.

وإذا بلغ الصبي سفيهاً أو ذا غفلة فلا خلاف في منع ماله عنه حتي يثبت له الرشد، غير أن الإمام أبا حنيفة يري أنه إذا بلغ خمساً وعشرين سنة ولم يثبت رشده دفع إليه ماله ولو كان سفيهاً مادامت أهليته كاملة، لأنه يري أن مال السفيه يمنع عنه تأديباً له وزجراً، وبعد الخامسة والعشرين لايصلح معه التأديب إذ يصعب تغيير العادات والطباع، ويري الصاحبان وباقي الفقهاء أن مال السفيه لايسلم إليه حتي يثبت رشده مهما بلغ عمره لظاهر الآية، وخوفاً علي المال من الضياع[٢]. وعلي كل فهم متفقون علي أن تصرفاته في الفترة التي يحتجز فيها ماله عنه لاينفذ منها إلا ماكان نافعاً نفعاً محضاً.

أما إذا بلغ رشيداً وتولي أمر نفسه ثم أصابه السفه أو الغفلة بعد ذلك فأبو حنيفة وإن كان يري منع المال وإبعاده عنه إلا أنه لايبطل تصرفاته ولا يحجر عليه[٣] لأنه إنسان كامل الأهلية صحيح العبارة فهو حر في تصرفاته والحجر فيه إهدار لأهليته الكاملة وكل ما ارتكبه السفيه أنه مكابر فى ترك الواجب في الاعتدال في الإنفاق، والذي يحدث إنما هو ضرر في ماله والحجر عليه ضرر له في نفسه وضرر النفس أشد من ضرر المال، ويري أن السفه الطارئ بعد البلوغ من آثار الصبا كما في الحالة السابقة.

---

(١) راجع رد المحتار جـ ٥ ص ١٤١.

(٢) كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٩٠، شرح المنار وحاشية الرهاوي عليه ص ٦٨٩.

(٣) الحجر هو إبطال التصرفات القولية. التوضيح جـ ٣ ص ٢١٩ والهداية جـ ٣ ص ٢٢٥

أما سائر الفقهاء غيره، فإنهم يرون الحجر عليه[١] للمحافظة علي ماله لأنه مادام يمنع عنه المال ليبقي في ملكه ولا يزول بإتلافه، فلابد من منع نفاذ التصرفات وإلا لبطل ملكه وزال، ولأن في منع تصرفاته في ماله محافظة علي أموال بيت المال أيضاً ودفعاً لضرر الناس مخافة أن يتصرف في ملكه ثم يستدين ولايفي بما استدان فيصير علي المسلمين وبالاً وعلي بيت مالهم عيالاً[٢]، وآية النهي عن إيتائهم الأموال عامة في كل سفيه، كما أشار القرآن إلي إقامة ولي للسفيه في آية[٣] : ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لايستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾ إلي غير ذلك من الآيات والأحاديث[٤] والمادة(٦٥) من قانون الولاية علي المال علي أنه «يحكم بالحجر علي السفيه وذي الغفلة ولايرفع الحجر عنهما إلا بحكم. .»

بدء بطلان تصرفات السفيه وزوال السفه : ويأخذ السفيه عندهم في تصرفاته حكم الصبي المميز إلا في العقود التي لا يؤثر فيها الهزل[٥] غير أن أبا يوسف يري أن الحجر لايكون ولا يزول إلا بحكم قضائي، فتصرفاته صحيحة حتي يحكم عليه

---

(١) إلا بالنسبة للتصرفات التي لايبطلها الهزل «الطلاق والعتاق والنكاح»، راجع شرح المنار ص٩٨٩، كشف الأسرار جـ٤ ص ١٤٩٢. مع ملاحظة ماقاله الشافعي والإمام من أن الحجر عقوبة له.

(٢) التوضيح علي التنقيح جـ ٣ ص ٢١٧ و ٢٢٠.

(٣) سورة البقرة جـ ٣ / ٢٨٢.

(٤) راجع كتاب الحجر في المبسوط جـ ٢٤ ص ١٥٦، والبدائع جـ ٧ ص ١٦٩، والمغني جـ ٤ ص ٤٥٦، وراجع الوسيط للدكتور السنهورى ص ٢٨١ وما بعدها.

(٥) فطلاقه وزواجه صحيح ويجب عليه مالا يزيد عن مهر المثل، وعند الشافعي لايصح من السفيه نكاح بغير إذن وليه راجع نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٥٦ كما أجازوا وقفه علي نفسه ومن بعده لذريته وكذا وصيته في حدود الثلث والقانون المصري في مادتيه ١١٥ ، ١١٦ يتلاقي مع قاله جمهور الفقهاء.

بالحجر، كما لا تصح بعد ذلك حتي يحكم برفع الحجر عنه، لأن السبب متردد بين المحافظة علي بقاء ملكه، وبين ضرر الشخص نفسه بإهدار عبارته وإبطال تصرفاته، فلابد من ترجيح أحد العاملين علي الآخر، والذي يرجح هو القاضي، ولكي لايضار من عاملوه قبل أن تتبين حالته، والعمل علي هذا.

ويري محمد بن الحسن أن الحجر إنما وجب للسفه فما دام السبب قد تحقق ووجد فلا حاجة بنا لشيء آخر لوجود المسبب، ولو أجزنا تصرفاته قبل حجر التقاضي لأمكنه أن يتلف أمواله ويبددها قبل صدور الحكم عليه، ولو أبطلناها بعد زوال سببها - وهو السفه - لكان إبقاء للمسبب مع زوال سببه[١].

المدين بدين مستغرق :

إذا امتنع المدين بدين مستغرق عن سداد دينه أو بيع ماله بقصد المماطلة فطلب الدائنون الحجر عليه، فالإمام أبو حنيفة لايري الحجر عليه أو بيع ماله جبرا عنه، وإنما يحبسه الحاكم إذا ثبتت قدرته ومطله حتي يقضي دينه[٢].

ويري الصاحبان وباقي الأئمة الحجر عليه، فيمنع من التصرفات والإقرارات الضارة بالغرماء مادام الدين يستغرق أمواله التي كانت في ملكه وقت الحجر عليه، وأجازوا بيع ماله جبراً عنه وقسمته بين الغرماء، علي أن يترك نفقته الحاضرة هو ومن تلزمه نفقتهم مادام ليس له مال غير المحجور عليه، لأن معاذاً رضي الله عنه لما ركبته الديون، باع النبي عليه السلام ماله وقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص،

---

(١) كشف الأسرار علي البزدوي جـ ٤ ص ١٤٩٤.

(٢) وفي كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٩٤ «أن أبا حنيفة أجاز للإمام إن كانت الديون والتركة من جنس واحد في المعني بأن كانت مبادلة أحد النقدين بالآخر [الدين من النقود الذهبية وماله من النقود الفضية] أن يبيع جبراً عن المدين استحساناً. وقال أبو حنيفة: إن المستحق علي المدين هو قضاء الدين، فبيع المال غير مستحق عليه وغير متعين لذلك، فإنه يتمكن من قضائه بالاستيعاب والاستقراض وقبول الصدقات، فليس للقاضي أن يعين هذه الجهة لقضاء الدين. ويقول فوق ذلك إن القاضي له أن يحبس المدين المماطل باتفاق الفقهاء ولو جاز له بيع ماله فلا ضرورة لإضاعة الوقت بالحبس».

ولأن «الأصل أن من امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو مما تجري فيه النيابة ناب القاضي منابه»(١) والحجر هنا يكون من وقت الحكم القضائي عندهما، فالدين وحده لايقوم به حجر ولابد من قضاء القاضي، ووافقهما الشافعي، بينما نجد الإمام مالكا يري أن الحجر يتم لمصلحة الدائنين من غير توقف علي قضاء فيصح لهم إبطال أي تصرف له أو أي إقرار يضر بحقوقهم قبله من غير توقف علي قضاء لأن حق الغرماء قد تعلق بماله فهو سبب الحجر ولولا تعلق حق الغرماء به لما كان للحاكم أن يحجر عليه.

والمدين لايملك بعد الحجر أن يتصرف فيما كان مملوكا له وقت الحجر بأي تصرف ينتج ضياع شيء من هذه الأموال، وإنما تصرفاته المالية فيها موقوفة علي إجازة الغرماء أنفسهم، وبالتالي فتصرفاته معهم دون اعتراض أحدهم صحيحة سواء أكانت تبرعاً صرفاً أم كانت محاباة في معاوضة. ومن الواضح أنه إذا أسقط أحد الغرماء حقه قبل المدين كان من حق المدين المحجور عليه أن يتصرف في حدود ما تم إسقاطه من دين.

أما أمواله التي اكتسبها بعد الحجر فهي خالصة له، يتصرف فيها كيف شاء، مادام لم يقع عليها حجر(٢) بخلاف السفيه فالحجر يشمل كل ماله.

أما إذا كان عند المدين ما يزيد علي دينه وخاف الدائنون من ضياع أمواله في التجارة أو تهريبها إلي غيره بطريق الإقرارله، حق لهم الحجر عليه ليبطلوا تصرفاته ويكون الحجر بحكم قضائي اتفاقا(٣).

---

(١) راجع في ذلك جميعه حاشية ابن عابدين جـ ٥، ٢٠ وما بعدها، كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٩٤ وما بعدها، التوضيح والتلويح جـ ٣ ص ٢٢٠ - ٢٢٢ ومقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) المراجع السابقة

(٣) يقول الفنري علي التلويح «الثاني أن حجر الديون خوفاً من التلجئة يتوقف علي قضاء القاضي اتفاقاً والتلجئة هي أن يلجئك إلي أن تأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره، وقيل معناه أنا ملجأ أى مضطر إلي ما أباشره من البيع منك ولست بقاصد حقيقته»

مرض الموت :

المرض هو حالة تعتري البدن يزول بها اعتدال الطبيعة[١] والمريض مرض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ماهو فيه وأن يتصل الموت به، سواء أكان الموت بسببه أم كان نتيجة سبب آخر.

وبذا لايكون المريض مرض الموت الذي نعنيه هو فقط طريح الفراش بمرض يفضي إلي الموت عادة ويتصل به الموت فعلا، وإنما يشمل أيضاً المصاب بآفة لابرء منها ويتوقع معها الموت ويموت فعلا بسببها أو بسبب آخر، أما إذا مرض بما يغلب علي الظن الهلاك به، ثم شفاه الله ومات بعد ذلك بمرض آخر أو بغير مرض، فإن التصرفات التي أحدثها وهو في مرضه الأول لاتعتبر تصرفات المريض مرض موت لانتفاء ركن الاستمرار إلي وقت الموت . .

وفي الوقت نفسه لو بقي المرض الأول، لكنه مات بحادث أو بسبب آخر فإنه يعتبر مريضاً مرض موت ويأخذ حكمه. وكذا المحكوم عليه بالإعدام عند أخذه للتنفيذ فيه، ومن يكون في سفينة لعبت بها الأمواج وجنحت للغرق، والأسير عند من يعرف عنهم قتل الأسري[٢]. وكذا المريض مرضاً مزمناً لا يرجي معه شفاء ويتزايد حاله من سيئ إلي أسوأ من غير استقرار واتصل الموت بهذه الحالة بصرف

---

(١) يراجع في ذلك المغني جـ ٦ ص ٧ وصية المريض، ص ٣١٩ طلاق المريض، الزيلعي جـ ٢ ص ٢٤٨، فتح القدير جـ ٣ ص ١٥٠، جـ ٧ ص ٢، جـ ٨ ص ٤٦١، التوضيح والتلويح جـ ٣ ص ٢٢٠ - ٢٢٢ ومقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٠٠ ومابعدها، البدائع جـ ٧ ص ٢، جـ ٨ ص ٤٦١، التوضيح والتلويح جـ ٣ ص ١٨٣ ومابعدها ، البدائع جـ ٧ ص ٢٢٤، المبسوط جـ ١٨ ص ٢٤ الإقرار في المرض ومابعدها، كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٢٧، شرح المنار ص ٩٦١.

(١) وكذا فيما أراه من يدفع إلي معركة مع قلة سلاحه وضعفه وقوة العدو وعظيم عدته وعدده، ومثل هذا المعركة التي كانت بالإسماعيلية بين جماعة من قوات البوليس بسلاحهم القاصر أمام قوات الجيش البريطاني بسلاحهم الجوي والبري وأسلحتهم سريعة الطلقات.

النظر عن السبب الذي حدثت به الوفاة - وإلا فإذا استقر مرضه على حال واستمر أكثر من سنة صحت جميع تصرفاته، فإن بدأ المرض في الازدياد بدأت حالات مرض الموت(١) وهكذا.

فالمرء في حالته هذه يتغلب عليه الذعر، أو يتغلب عليه اليأس من الحياة فقد يتصرف في أمواله تصرفاً غير صحيح يضر بصالح دائنيه إن وجد له دائنون. كما يصح أن يتصرف تصرفاً يضر بمصلحة بعض وارثيه.

أما إذا فشا الطاعون في بلدة فهل يعتبر أهلها جميعهم مرضى مرض موت فتطبق على تصرفات كل فرد منهم أحكام مرض الموت(٢).

تصرفات المريض في أمواله وتعلق حق الغير بها:

يتعلق بأمواله حق أصحاب الديون، وحق الورثة من حين بدء الحالة التي يعتبر فيها مريضاً مرض موت، وإن اشترك الورثة والغرماء في تعلق حقهم الرجعي بمال المريض مرض الموت، إلا أن حق الدائن يتعلق بمالية التركة كلها، أما الورثة فيتعلق حقهم الرجعي بمال المريض مرض الموت. إلا أن حق الدائن يتعلق بمالية التركة كلها، أما الورثة فتعلق حقهم بثلثيها بعد الدين(٣).

---

(١) فليس من هذا القبيل الموت المفاجئ بمرض غير معروف له من قبل، ولا بمرض لايتوقع معه الموت عادة، ولا الموت بحادث مفاجئ مع خلو الشخص من الأسباب السابقة.

(١) جاء في حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٧٢١. «إذا دخل الطاعون محلة أو داراً فغلب على أهلها خوف الهلاك، كان ذلك كما في التحام القتال اي أنهم يعتبرون مرضى مرض موت، أما الذي طعن فعلا فلاخلاف فيه، ونقل عن الشافعي أنهم في حكم المرضى».

(٣) ويرى أبو حنيفة أن حق الورثة متعلق بأعيان التركة لا بماليتها، وعلى هذا لو باع المريض لأحد الورثة شيئاً من التركة بقيمته الحقيقية كان موقوفاً على إجازة باقي الورثة عند الإمام. أما عند الصاحبين فهو تصرف نافذ، أما لو باع وسدد الدائنين فلا حق لهم على الأعيان لسقوط حقهم بالسداد (راجع كشف الأسرار جـ٤ ص ١٤٣١. وراجع للمؤلف المقاصة في الفقه الإسلامي بحث مقارن ص ٥٤).

أما تصرفاته حال حياته فصحيحة نافذة، إذا كانت تقبل الفسخ كالبيع لأنه بكامل أهليته وإلا فمعلقة كالطلاق والعتاق لأنه تصرف لايمكن فسخه، ولايمنع من هذا كون حق الوارث والدائن يكون له أثر رجعي ويثبت من قبل الوفاة. فإذا وهب أو وقف أو أوصي أوباع أو اشتري بغبن أو طلق[١]،أو تزوج أو أعتق أو أجر أو استأجر إلي غير ذلك من العقود والالتزامات التي تتعلق بتركته، فكلها صحيحة نافذة من وقت صدورها، أو معلقة علي الموت[٢].

أما بعد وفاته وهو علي حال يغلب عليه فيها الهلاك، فيكون قد تأكد أن التصرف كان في مرض الموت ويظهر حق الغير، ويكون التصرف موقوفاً علي الإجازة[٣] من الدائنين بمقدار دينهم ومن الورثة في باقي التركة مادام في التصرف ضياع لحق الدائنين في استيفاء دينهم من أمواله، وحق الورثة في ثلثي التركة بعد الدين، منعاً لإيثار بعض الورثة علي البعض الآخر. إلا إذا كان التصرف مما تعلق به حقه الخاص أو يتصل بذلك، كنفقته وعلاجه

(١) فللمطلقة إذا ثبت أن الطلاق في مرض الموت حق الارث ويسمي طلاق الفار علي التفصيل الوارد في المصادر السابقة، وزواجه صحيح، لكن إذا زاد الصداق عن مهر المثل حق للورثة الطعن فيه وإنقاصه إلي مهر المثل وكانت الزيادة تبرعاً تأخذ حكم الوصية، وهي طبقاً للقانون تجوز للوارث أيضاً، وراجع للمؤلف الفقه الإسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما.

(٢) وفي التوضيح والتلويح جـ ٣ ص ١٨٣ / ١٨٤ «فيجوز النكاح بمهر المثل، وكل تصرف يحتمل الفسخ يصح في الحال ثم ينقض إن احتيج إليه ومالا يحتمل الفسخ كالإعتاق يصير كالمعلق علي الموت».

(٣) يقول الكاساني في البدائع جـ ٨ ص ٢٢٤ «أما وقت التعلق فهو مرض الموت وما دام المدين صحيحاً فالدين في ذمته فإذا مرض مرض الموت يتعلق بتركته أى يتعين فيها ويتحول من الذمة إليها إلا أنه لايعرف كونه مرض موت إلا بالموت فإذا اتصل به الموت تبين أن المرض مرض الموت من وجوده فتبين أن التعلق يثبت من ذلك الوقت».

(٤) راجع المنار لابن ملك ص ٩٦١.

وزواجه بمهر المثل وتجهيزه، لأنه من خالص حقه، وليس لأحد الحق في إبطالها[١].

وحق الدائن مقدم علي الآخرين ، فإذا كان الدين مستغرقاً للتركة جميعها بطلت تصرفاته كلها المتعلقة بماله من وقت صدورها مادام الدائنون متمسكين بديونهم، فإذا أسقط الدائنون ديونهم أو جزءاً منه فللورثة حق إبطال هذه التصرفات[٢]. وإن كانت التركة أكثر من الدين استوفي الغرماء دينهم من التركة والباقي منها يكون للورثة، فإذا كان الباقي بعد الدين والتصرفات أقل من ثلثي التركة حق لهم أن يبطلوا من تصرفاته السابقة التي فيها تبرع أو محاباة وحدثت في مرض الموت بقدر ما يفي لهم بالثلثين.

أما تصرفاته فيما يتعلق بمنافع الأعيان فكلها صحيحة، لا يملك أحد إبطالها بعد وفاته عن فترة مرض الموت، ولا يتعلق بها حق الدائنين، أو الورثة لأن حقهم يتعلق بها بعد الوفاة، والمنافع ليست بأموال عند الأحناف ولا تورث، ولأن التصرفات في المنافع تبطل من تلقاء نفسها بوفاة المتصرف. وعلي ذلك كان له أن يعير ويؤجر بغبن فاحش أو يسير ولا يرجع الدائن أو الوارث علي المستعير أو المستأجر بشيء عن المدة التي قبل الوفاء[٣].

---

(١) راجع المنار لابن ملك ص ٩٦١.

(٢) في حدود الثلثين، واعتبر الباقي وصية لمن تبرع له أو كان قد حاباه، يشترك فيها جميع الموصي لهم إن استغرقت الثلث.

(٣) وقد تناول القانون في المادة ٩١٦ مرض الموت.

المبحث الرابع

الـولايـة

الشخص الذي ليست له أهلية أداء يسمي قاصراً، ويكون دائماً في حاجة إلي من يدير أمواله ويرعاه، ويكون الممثل الشرعي له(١)، وتصرفات الولي التي يجريها لحساب القاصر ولمصلحته نافذة علي القاصر جبراً مادامت مستوفية شرائطها فلا يجوز للقاصر بعد بلوغه رشده أن ينقصها(٢) علي أن كامل الأهلية قد يكل إلي غيره بعض التصرفات لأنه أكثر منه خبرة بها، أو لأن وقته لا يسمح بالقيام بها فيباشرها عنه بمقتضي هذه الوكالة.

تعريف الولاية :

الولاية(٣) سلطة شرعية علي النفس أو علي المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعاً، ولا يكون الشخص ذا ولاية إلا إذا كان له أهلية أداء، ولكن قد يكون الشخص أهلا للتعاقد إلا أن عبارته لا يترتب عليها التزام لانعدام الولاية في موضوع التعاقد كمن يتصرف بالبيع في مال غيره ممن ليست له عليه ولاية.

أقسام الولاية : الولاية تكون ذاتية وهي ولاية الشخص علي نفسه مادام أهلا للتعاقد، فالولاية الذاتية لا تنفك عن الأهلية مطلقاً. فمادام الإنسان أهلا

---

(١) غير أن هناك بعض الأشياء التي لا تقبل النيابة مثل حلف اليمين.

(٢) وهناك حالات نص عليها الفقهاء تستثني من هذه القاعدة، وأثبتوا للشخص فيها حق فسخ العقد بأن كان الولي غير الأب والجد وزوج من في ولايته من المجنون أو المعتوه ذكراً كان أو أنثي ، لأنه عند الإفاقة من هذا العارض يثبت له خيار الإفاقة، وكذا عند أبي حنيفة ومحمد يثبت خيار البلوغ للصبي إذا زوجه غير الأب والجد.

(٣) الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر ولي فيقال ولي الشيء إذا ملك أمره ومن معاني الولي النصير ومنه قوله تعالي «وما لكم من دون الله من ولي ولانصير».

للتعاقد كانت له ولاية من الشارع علي جميع شئونه مالية كانت أم غير مالية، من إلزام أو التزام، وكانت جميع تصرفاته نافذة ملزمة له[١].

وتكون الولاية متعدية وهي ولاية الشخص علي غيره سواء أكان قد استمد هذه الولاية من الشارع ابتداء بناء علي أمر عارض جعله علة وسبباً لثبوتها كولاية الأب والجد الصحيح[٢] علي الصغيرُ ومن في حكمه، فإن الولاية ثبتت لهما ابتداء بسبب ولاية المولي عليه لهما؛ ولذا كانت الولاية هنا وصفاً ذاتياً لكل منهما، لا يملك أحدهما التنازل عنها [٣]

كما تكون الولاية مستمدة من الغير، وهذه قد تكون عامة كولاية الحاكم علي المحكوم المستمدة من البيعة، ومنها ولاية القاضي[٤] فيما له من الولاية العامة جعله الشارع ولي من لا ولي له، وقد تكون خاصة كولاية الوصي والوكيل فالوصي إنما يستمد ولايته من الشارع بواسطة أحد الأولياء السابقين والوكيل إنما يستمد ولايته من الموكل نفسه.

أقسام الولاية علي الغير : والولاية علي الغير قد تكون ولاية علي ماله أو علي نفسه أو عليهما معاً فالأب والجد ولايتهما علي الصغير ومن في حكمه في ماله ونفسه من رعاية ماله، وتربيته وتأديبه وتثقيفه وتزويجه. والعم وابن العم إن كان أقرب عاصب للصغير ومن في حكمه فله عليه ولاية النفس من المحافظة عليه أيضاً وتزويجه، وقد تكون ولاية المال لغيره، وكذلك فالوصي ليس له ولاية علي النفس وإنما ولايته علي المال.

---

(١) إلا ما ترتب عليه ضرر بالغير فإن العقد يكون موقوفاً علي إجازة المتضرر محافظة علي حقوق ومصالح الغير، كالراهن إذا باع العين المرهونة فإنه رغم أهليته وثبوت ولايته الذاتية يكون عقده موقوفاً علي إجازة صاحب الحق المرتهن، أو اداء ماعليه من دين، وكذا تصرفات المدين الضارة بالدائنين.

(٢) الجد الصحيح هو أب الأب .

(٣) راجع الأشباه ص ١٩٢ الفن الثاني.

(٤) راجع قواعد ابن رجب، ومذكرات فضيلة الأستاذ الشيخ علي الخفيف لطلبة الدراسات العليا في موضوع النيابة عن الغير ص ٥٠

الولاية علي النفس : تتناول الولاية علي النفس ضروباً عديدة من القيام علي نفس المولي عليه كولاية ضم الصغير لأقرب عاصب ليقوم بتهذيبه وتوجيهه وتعليمه وتشغيله وتطبيبه وتزويجه.

والولاية علي النفس قد تكون قوية فتخول لصاحبها الإجبار(١) علي الزواج والختان وإجراء العمليات الجراحية في غير حالات الضرورة التي تتطلب علاجا عاجلا. وقد تكون الولاية علي النفس ضعيفة فلا تخول للولي إلا مجرد رعاية القاصر وإيوائه وتعليمه، ولا يجيز له إجباره علي الزواج ولا إجراء عملية جراحية له بحيث يكون ضامناً لما يحدث من ضرر أو وفاة بسبب ما أجبره عليه(٢).

والولاية علي النفس يتولاها الأقرب فالأقرب من العصبات وعند تعدد العصبات من درجة واحدة كالإخوة يقدم الشقيق فإذا لم يوجد عاصب مطلقاً انتقلت الولاية علي النفس إلي الأم ثم إلي غيرها من الأقارب ذوي الأرحام علي التفصيل الوارد في باب الولاية علي النكاح والولاية علي النفس نظمتها مسائل الأحوال الشخصية وقوانينها.

الولاية علي المال : هي القدرة علي إنشاء العقود الخاصة بالأموال ومنافعها وتنفيذها، والواقع كما يري ابن حزم أن النظر في مصالح الصغار ومن في حكمهم مصلحة اجتماعية يجب أن تراعي فيها الحيطة وظروف الزمن ولا تخضع لأقوال الفقهاء في عصور تختلف عن عصور أخري، وسلطة الولي علي المال قد تكون قوية(٣) فتخول للولي حق الاتجار في مال القاصر وبيعه بقيمته أو بغبن يسير

---

(١) والولاية علي التزويج قد تكون ولاية إجبار فيثبت للمولي حق تزويج من في ولايته جبراً عنه وقد تكون اختيارية لابد معها من استشارة ورضاء المولي عليه علي مافي هذا من تفصيل وخلاف موضعه عقد الزواج. وقد تناولنا ذلك في كتابنا الزواج والفرقة وأثرهما فى الفقة الإسلامي.

(٢) ابن عابدين جـ ٣ ص ٣١٧.

(٣) والولاية القوية في النفس أو في المال هي التي تثبت للأب أو الجد الصحيح، والضعيفة فيهما هي ولاية من في حجره الصغير ممن كان أجنبياً عنه كزوج الأم وكالأولياء من الأقارب الذين لم تسند إليهم الولاية لوجود من هو أقرب منهم (راجع الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، المجلد الثاني الطبعة السادسة ص ٨١٦ للأستاذ مصطفي الزرقا»

إن كان أباً والإذن له بالتجارة، وقد تكون ولاية ضعيفة لاتعطيه حق الاتجار وإنما تخول له الإنفاق الضروري عليه وقبض الهبة وحفظ أمواله وبيع بعض المنقولات. ومع هذا فإنه لايجوز لولي المال غير الأب قوياً كان أو ضعيفاً أن يتصرف في العقارات المملوكة لمن في ولايته بالبيع إلا بإذن من القاضي علي تفصيل بين الفقهاء في ذلك.

والولاية علي المال نظمها القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ كما تضمن القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ الإجراءات الخاصة بالولاية علي المال وأحكام القانون الأول في جملتها مستمدة من الشريعة الإسلامية فهي المصدر الذي يجب أن يرجع إليه عند افتقاد النص أو وجود غموض فيه .

سبب الولاية على الصغير :

مما تقدم نعرف أن الولاية إما أن تكون بتولية المالك نفسه، وهذا سبب في ولاية الوكيل، وإما أن يكون سببها أحد أمرين :

١- الأول : والجد يكون من قبل الأب فيأخذ حكمه، وكذا وصيهما فولايتهم بسبب الأبوة من حيث المعني.

٢- أن يكون سببها القضاء : فالوصي المعين من قبل القاضي إنما يستفيد الولاية منه فكان القضاء نفسه سبباً فيها[1] والولاية إن كان سببها الأبوة أو القضاء فهي لاتكون إلا علي الصغير أو من في حكمه.

---

(١) راجع في هذا البدائع جـ ٥ ص ١٥٢، فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٢ ومابعدها ، جـ ٨ ص ٤٨٩ ومابعدها، المغني جـ ٦ ص ١٣٧ ومابعدها، الأشباه لابن نجيم جـ ٢ ص ١٥٣، الاختيار شرح المختار جـ ٣ ص ١٩٧ .

شروط الولاية على الصغير ومن في حكمه :

أن يكون له أهلية أداء كاملة وقد تضمنت المادة ٢ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ هذا المعني فلا تثبت ولاية للصبي والمجنون لأنهم لا ولاية لهم علي انفسهم فلا تكون لهم ولاية علي غيرهم إذ فاقد الشيء لايعطيه وبذا نجد أنه يشترط أن يكون الولي بالغاً عاقلا وأن يكون مسلماً إن كان المولي عليه مسلماً، فلا تثبت ولاية غير المسلم علي المسلم لقوله تعالي ﴿**ولن يجعل الله للكافرين علي المؤمنين سبيلا**﴾(١) كما لا تثبت ولاية المسلم علي غير المسلم لقوله تعالي ﴿**والذين كفروا بعضهم أولياء بعض**﴾ (٢) وبذا تنتفي الولاية بين المسلم وغير المسلم(٣).

وأن يكون أميناً عدلا حريصاً علي مصلحة من ولي عليه، لأن مصلحة الصغير ومن في حكمه مقدمة علي كل اعتبار لقول الله تعالي ﴿**وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله ..**﴾(٤) وقوله تعالي ﴿**إن الذين يأكلون أموال اليتامي ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً**﴾(٥) ويقول النبي ﷺ «من لم يرحم صغيرنا فليس منا»، وضياع مصلحة الصغير ومن في حكمه ليست من الرحمة في شيء فلا ينبغي أن يتصرف الوالي في مال من تحت ولايته تصرفاً فيه غبن به، ولا أن يجيز تصرفاً فيه ضرر به، ولا أن يهب شيئاً من ماله، ولا يتصرف إلا التصرفات النافعة أو التي يغلب

(١) سورة النساء ١٤١/٥.

(٢) سورة الأنعام ١٣ / ١٠.

(٣) ويحكي لنا الأستاذ الشيخ علي الخفيف في مذكرات النيابة عن الغير ص ١٠ «إنها جاءت في الولاء والنصرة فيما بين المسلم وغيره لافي الولاية علي النفس أو علي المال وإذا لا تصلح دليلا لاشتراط اتحاد الدين».

(٤) سورة النساء ٩/ ٤.

(٥) سورة النساء ٦/ ٤.

عليها النفع(١)، والأولياء متفاوتون في الحرص علي الصغير ومن في حكمه وعنايتهم به، ولذا رتب الفقهاء الأولياء علي الوجه الآتي

مراتب الأولياء على الصغير :

اتفق الفقهاء جميعاً علي تقديم الأب لأن الأصل فيه أنه أكثر الناس رعاية لمصلحة أولاده، وتبدأ ولاية الأب من وقت ولادة الجنين ومن وقت وجود حق له، فإذا لم يوجد الأب فالأحناف يجعلون الولاية بعد الأب لوصيه الذي يختاره ويعينه وصياً علي أولاده بعد مماته لأنه موضع ثقته وتقديره وهو أعرف الناس بما فيه مصلحة أولاده، ومن بعده إذا فقد أو لم يوجد يكون الجد الصحيح(٢)، فشفقته من شفقة الأب، ومن بعده فلوصيه الذي يختاره هو، ثم بعد ذلك فللقاضي لأنه ولي من لاولي له، والقاضي لمشاغله في مصالح العامة يعين وصياً من قبله.

لكن الشافعي يري في ترتيب الأوصياء أن الجد مقدم علي وصي الأب إن كان قد أوصي،لأنه أشفق عليه باعتبار أنه حفيده.

ومالك وأحمد لايعتبران الجد مطلقاً، ويجعلان الولاية بعد الأب لوصيه ثم للقاضي أو وصيه، وعلي كل فمن كانت له الولاية علي المال من كل هؤلاء فهو الذي يخاصم عن الصغير، كل هذا إذا كان المولي عليه صغيراً أو بلغ مجنوناً.

---

(١)يقول صاحب الاختيار شرح المختار جـ ٣ ص ١٩٨ «فإن كان الوصي عاجزاً ضم إليه القاضي آخر، وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً استبدل به.واختلف الفقهاء في اشتراط استقامة الولي فلم يشترطها الاحناف وبعض الشافعية في الولاية علي النفس، ويري بعض الشيعة اشتراطها في الحاكم الوصي دون الأب والجد، أما الحنابلة فيشترطون الاستقامة والرشد أيضاً».

واخيراً فإن جمهور الفقهاء يشترطون الذكورة، وأجاز أبو حنيفة جعل الولاية للأنثي في بعض الأحوال.

(٢) والمادة الأولي من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ «الولاية للأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية علي مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز ان يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة»، كما أن المادة ٢٨ نصت علي أن للأب ان يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر

الولاية على المجنون والسفيه ومن في حكمهما :

إذا بلغ الصبي سفيها فالولاية عليه عند أبي يوسف للقاضي أو من يقيمه لأن الحجر عنده لايثبت إلا بحكم القاضي، وعند محمد بن الحسن فإن الولاية تستمر عليه لمن كان وليا من قبل. وقد عرفت من قبل أن الإمام أبا حنيفة يري استمرار الولاية عليه حتي يبلغ الخامسة والعشرين.

أما من بلغ رشيداً وزالت عنه الولاية ثم اعترضه جنون أو عته. فالراجح عن الأحناف أن تعود الولاية لمن كانت له قبل البلوغ، وإلا فبالترتيب المتقدم لكن ابن حنبل ومن وافقه يرون أن الولاية تكون للقاضي ووصيه لأنها تسقط بالارتفاع والساقط لايعود.

أما إذا اعترضه بعد البلوغ رشيداً شيء مما لا يؤثر في أهلية الأداء كالسفه والغفلة فالولاية للقاضي ووصيه خلافاً للإمام الذي لايري الحجر عليهم(١).

هذا وقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ سنة ١٩٤٧ جعل ولاية القاضي للمحكمة الحسبية بعد أن كانت بمقتضي القانون رقم ٤٠ سنة ١٩٣١ للمجالس الحسبية، وقد أجاز القانون للمحكمة أن تتدخل بالنسبة لولاية الأب والجد فتحد من تصرفاته إن رأت فيها ما يفوت مصلحة علي الصغير أو تسلب الولاية، وقد عرفت رأي الأحناف من قبل في السفيه كما أن الأصل في الفقه الحنفي أن فسق الأب وتبذيره لايزيل ولايته علي أولاده، وإن كان ما رآه الصاحبان من الحجر علي السفيه يزيل ولايته المالية علي أولاده أيضاً.

والقانون إذاً يكون قد جعل للمحكمة الإشراف الكلي علي القصر ومن في حكمهم، وأصبح وصي الأب ووصي الجد ليسا إلا مرشحين منها وللمحكمة أن

(١) راجع في هذا إن أردت التوسع غير كتب الفقه مذكرة النيابة عن الغير للأستاذ الفاضل الشيخ علي الخفيف لقسم الدكتوراه.

تعينه ولها أن تعين غيره تبعاً لما فيه المصلحة، وسنتناول العقود بالنسبة للأولياء والأوصياء بكل إيجاز.

عقود الأولياء والأوصياء ومدى حريتهم :

أما الأب فله أن يبيع مال الصغير بقيمته أو بغبن يسير منقولا كان أو عقارا(١) ويبيع ذلك أو شيئاً منه لنفسه أو لغيره ممن تحت ولايته أولأجنبي ويؤجر نفسه للصغير كما يؤجر الصغير نفسه، وأن يستثمر ماله، ويده مطلقة في كل عمل يري فيه نفعاً له، ومع هذا فتصرفه في مال الصغير لاينفذ إذا كان مضراً به كالغبن الفاحش أو البيع إلي مفلس.

أما وصي الأب وهو المسمي بالوصي المختار(٢) فإنه يقوم مقام الأب في الولاية علي التركة نفسها. فله ولاية بيعها كلها سداداً للدين إن كان الدين مستغرقاً. وله أن يحافظ علي مصلحة القصر وله الولاية عليهم، كما يحافظ علي نصيب الغائبين في التركة لأن ولايته مبسوطة عليها إذ ولايته مستمدة من الأب مباشرة، غير أنه يفترق عن الأب في أنه ليس له أن يبيع العقار إلا للضرورة، ولا يبيع من ماله للقاصر أو يشتري منه ولا لأحد ممن تحت ولايته.

---

(١) وتتضمن المادة السادسة من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن الولي ممنوع من التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو أقاربهما إلي الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة كما تضمنت المادة السابعة منعه من التصرف في العقار إذ زادت قيمته عن ٣٠٠ جنيه إلا بإذن من المحكمة، وكذا بالنسبة للمحل التجاري والأوراق المالية، والمادة الثامنة تشير إلي منع الولي من التصرف في المال الموروث إلا بإذن من المحكمة إذا أوصي مورث القاصر بذلك.

(٢) يعين بعقد إيصاء يتم بإيجاب من الموصي وقبول من الوصي أو سكوته مباشرة العمل بعد وفاة الموصي ويقول صاحب الاختيار جـ ٣ ص ١٩٧ «إذا قبل أمام الوصي ثم رده أمامه فهو رد وإن رد عقد الإيصاء في غير وجهه فليس برد».

وأما الجد فيتصرف في مقدار نصيب من في ولايته بكل أنواع التصرفات التي كان يملكها الأب علي نفسه لأن ولايته أصلية مستمدة من الشارع رأساً. ومع هذا فليس له ولاية علي التركة نفسها وليس له أن يبيعها جميعها سداداً للدين وإن كان كما يقول بعض الفقهاء له ولاية علي التركة أيضاً لكن باعتباره خليفة عن المتوفي إذ هو أحد الورثة لاباعتباره ولياً، وأما وصي الجد فيأخذ حكم وصي الأب تماما في تركة الجد نفسه وفي الولاية علي الصغار.

هذا وقد بينا من قبل أن المحكمة الحسبية هي التي اختصت الآن بالإشراف علي كل هذا وتعيين الأوصياء وأصبح لها الإشراف أيضاً علي الأولياء وسلب الولاية عنهم إذا اقتضي الحال ذلك[1] وقد أشارت المادتان ١٦ ، ٤٧ من القانون المدني علي أن القانون الذي يجب تطبيقه هو قانون الشخص الذي يجب حمايته.

(١) وبمقتضي المادة رقم ٢ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ تكون الولاية علي المال متجهة إلي ماذهب إليه الفقهاء أيضاً من أن الذي يحجر عليه وتكون ولايته لغيره لايصلح أن يكون ولياً علي غيره بالتالي، ولذا تقضي المادة المذكورة بأنه لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو أما إذا لم تصل حاله إلي الحجر عليه فإن ذلك لا يسقط ولايته بل يستردها إلي زوال العارض. وتنص المادة ٢٤ علي أن الأب لايسأل إلا في خطئه الجسيم. أما الجد فيسأل مسئولية الوصي كما تضمنت المادة ٢٥ «أن الأب لايحاسب علي ماتصرف فيه من ريع المال القاصر ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة».

الفصل الثالث

حق الملكية

الملكية نسبة للملك الذي هو حيازة الشيء حيازة تمكن الحائز من التصرف فيه والانتفاع به علي وجه شرعي(١).

والفقهاء متفقون علي أن الأعيان والمنافع كلاهما يقبل الملك فإنك كما تتملك الدار تتملك منفعتها، وإن كان هناك خلاف بين الفقهاء فيما يتملك فهو بعيد عن إقرار تملك المنفعة، وإنما هو في تملك الأعيان(٢).

والملكية علاقة شرعية بين الإنسان(٣) والأشياء تجعله مختصاً فيه اختصاصاً يمنع غيره عنه بحيث يمكنه التصرف فيه عند تحقيق أهليته للتصرف بكل الطرق

(١) أو هو كما يقول الكمال بن الهمام في كتابه فتح القدير : «الملك هو القدرة علي التصرف ابتداء إلا لمانع» وهو بهذا يجعل من ينوب عن غيره في ملك التصرف غير مالك لأنه لا يقدر علي التصرف ابتداء بل يقدر عليه بقدرة المالك، كما يجعل من يملك التصرف مالكا حتي لو كان عديم الأهلية أو ناقصها، ويعرف الفقيه القرافي الملك : «بأنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالشيء وأخذ العوض عنه، وإن كان من المتفق عليه والمقرر في الفقه الإسلامي أن الحقوق كلها لا تثبت إلا بإثبات الشارع لها وتقريره لأسبابها، ومنها حق الملكية، فإن الفقيه القرافي صاحب التعريف السابق هو الذي أظهر هذا المعني واضحاً في التعريف.

(٢) فبعض فقهاء المالكية يرون أن الملكية لا ترد إلا علي المنافع فقط، وأما الأعيان فملكيتها لله سبحانه وتعالي، ولا ملك للإنسان فيها في الحقيقة والواقع، لأنه ليس للإنسان سلطان علي المادة وإنما سلطانه علي منافعها فقط.

(٣) وحق الملكية في القانون هو الحق المباشر لشخص علي شيء مادي معين وبمقتضاه يكون لهذا الشخص حق استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه في الحدود المقررة قانوناً م ٨٠٢ فالمالك قد يقرر لشخص آخر حق استعمال ملكه أو حق استعماله واستغلاله، كما يحق له أن يبيعه لمالك آخر محتفظا لنفسه بحق المنفعة وهنا ينشأ ما يسمي بالحقوق في ملك الغير وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال ويشمل حق السكني، وحق الحكر وحق الارتفاق.

السائغة له شرعـا وفي الحدود التي بينها الشرع(١)، فالملكية ليست شـيئاً مادياً وإنما هي حق من الحقـوق، بل هي أوسع الحقوق، ولذا فإنـنا سنتكلم أولا بكل إيجاز عن المال وأقسامه وعن المنافع.

المـال: في اللغة ما ملكته من كل شيء(٢)، وفي الاصطلاح الفقهي(٣): كل ما يمكـن تملكه وادخاره لوقت الحـاجة(٤). فـهم لايشتـرطون أن يكون الشيء

(١) والواقع ان محل الحق يكون مالا او منفـعة. مال أو منفعة مـاليس بمال أو عمل، ومحل الحق في الاصطلاح القـانوني هو الشيء أو العـمل الذي يقع عليـه، والأشـياء هـي المحل المباشـر للحقوق العينية والمعنوية، وهي المحل البعيد للحقوق الشخصية إذ الاعمال هي الحق المباشر لها والشيء هو كل مايوجد، ولايدخل فـيه الإنسـان ولا كل ما يقرر له القانون حقـوقاً وواجبات. فهؤلاء أشخاص في لغة القانون.

وعلي هذا فالذي يعتبر شيـئاً في نظر القانون المدني هو كل كائن ينفع الإنسان ويصح له أن يستأثر به، فمـا لا ينفع لتفاهته كقطرة الماء وحبة القـمح وحفنة التراب لايعتبر شيـئا. كما أن الكائنات التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها تخرج عن التـعامل بطبيعتها فالشمس والقمر والنجوم والهواء فـي الفضاء كلها كائنات مـشتركة لايمكن إحـرازها فلا تعتبـر أشياء في نظر القانون.

والأعمال وهي كـما قلنا محل للحقوق الشـخصية أو حقوق الدائنيـة خاصة وهذا النوع من الحقوق يخـول لصاحبه قـدرة اقتضاء عـمل معين من المدين، وهذا العمل قد يكون إيـجابياً أو سلبياً وعلي كل فيجب أن يكون ممكنا غـير مستحيل في ذاته أي استحالة مطلقـة لا نـسبية كما يجب أن يكون العمل مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب.

(٢) وفي القاموس: كان المال في الأصل خاصاً بالذهب والفضة ثم أطلق علي كل مايقتني ويمتلك من الأعيان.

(٣) وفي حـاشيـة ابن عابدين جـ ٤ ص ٣ «المراد بالمال ما يميل إليـه الطبع ويمكن ادخـاره لوقت الحاجة» وفي البـحر اسم لغير الآدمي خلق لـصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصـرف فيه علي وجه الاخـتيار، والعـبد وإن كان فيـه معني الماليـة لكنه ليس بمال حقيـقة حتي لايجـوز قتله وإهلاكه.

(٤) وفي القانون المدني الجديد: هو الحق المالي سواء أكان عينياً أم مـعنوياً أم شخصياً بعد أن كان المال في نظر القانون المدني القديم ومعناه التشريعات الأجنبية يعرف بأنه الشيء أو بأنه الحق. =

مملوكا فعلا، وإنما يكتفون بإمكان تملكه، فالطيور والحيوانات الهائمة في الفضاء وفي الماء، والهواء نفسه والماء يعتبر عندهم مالا، لأن كل ذلك يمكن تملكه بالاصطياد، والتعبئة داخل الأواني والأنابيب.

ويشترطون فوق إمكان التملك أن يكون الشيء قابلا للإنتفاع فعلا، فتذكرة القطار والطائرة بعد استعمالها لاتعتبر مالا عندهم لأنها لا ينتفع بها. كما أنهم اشترطوا في الانتفاع أن يكون مشروعاًعلي وجه ما وقت السعة والاختيار لا وقت الضرورة والإكراه[1]، وعلي هذا فلحم الميتة وشحمها[2] لا يعتبران مالا في نظرهم رغم إمكان حيازته، وإباحة الشارع الانتفاع به عند الضرورة بمقدار ما يدفع الهلاك.

وعلي أساس ما تقدم فكل مالا يمكن تملكه لا يعتبر مالا حتي مع تحقق الانتفاع به علي وجه يرتضيه الشارع حال السعة والاختيار، فالعلم والصحة والشرف وضوء القمر كلها ليست بأموال لأنه لايمكن تملكها.

= ويقول الأستاذ الدكتور محمد سامي مدكور في كتابه نظرية الحق ص ١٧١ إن القانون المدني الجديد لم يسلم من الوقوع فيما أراد أن يتحاشاه فالمادة (٨٧) منه تقضي باعتبار العقارات والمنقولات التي للدولة أموالا عامة وكان منطق التفرقة يقضي باعتبارها «أشياء عامة».

والأشياء في االاصطلاح القانوني : كل كائن ينفع الإنسان ويصح له ان يستأثر به. أوهي الكائنات التي تصلح لان تكون محلا لحق يمكن تقويمه بالمال. فما لا ينفع الإنسان لتفاهته كالحبة من القمح والقطرة من الماء لايعتبر شيئا كما أن الكائنات التي لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها، فالشمس والقمر والنجوم كائنات مشتركة لايمكن إحرازها فلا تعتبر أشياء في نظر القانون.

(١) إذ الأحكام عند وضعها إنما تبنى دائماً علي مايكون معتاداً للناس في حالاتهم العادية وعلي مايقع منهم من غير أن يكونوا واقعين تحت تأثير ضغط أو ضرورة ؛ إذ الضرورات تبيح المحظورات فلا تبني عليها القواعد والأحكام.

(٢) أما أصوافها وجلدها وعظمها فهي من الأموال، إذ يمكن حيازتها والانتفاع بها بعد تطهيرها.

أقسام المال(١) :

أولا - من ناحية ضمانه ينقسم إلي متقوم وغير متقوم :

فالمتقوم : هو ما كان محرزاً فعلا ومحلا لانتفاع معتاد شرعاً حال السعة والاختيار، وهذا النوع إذا تعدي عليه آخر وأتلفه ضمنه كما أنه يصلح أن يكون محلا للمعاوضات المالية، فالدور والسيارات والكتب والطعام وأمثال ذلك يعتبر مالا متقوما.

وغير المتقوم : هو المال الذي لم يكن مملوكا لأحد كالسمك في الماء والطير في الهواء، والغزال في الصحراء ، أو كان مملوكاً فعلا لكنه لا ينتفع به عادة علي وجه يرتضيه ويجيزه حال السعة والاختيار كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم(٢) فهما بالنسبة للمسلم من الأموال غير المتقومة، لأن الانتفاع بهما في وقت العادة لايرتضيه الإسلام ولا يجيزه، بينما هما بالنسبة لغير المسلمين يعتبران من الأموال المتقومة ماداموا يعتقدون صحة التعامل والانتفاع بهما في العادة.

ولما أمرنا الشارع أن نترك أهل الذمة وما يدينون، فوجب علينا أن نعترف لهم بتقومها في ملكيتهم، بحيث لوتعدي عليها شخص بالإتلاف وجب ضمانها إذا

---

(١) وقد تناول القانون العام أقسام المال في المواد من (٨١ / ٨٨) وجعل منها أشياء غير مادية م٨٦ وأشياء مادية، وهذه تنقسم إلي أشياء مثلية وأشياء قيمية م ٧٥، كما قسمها إلي أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك م ٨٤، كما تنقسم إلي عقار ومنقول م ٨٢.

(٢) لأن الدين الإسلامي قد حرمهما يقول الله تعالي في سورة المائدة : ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ ويقول : ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ الآية.

أتلفها لذمي، سواء أكان المتلف مسلما أم غير مسلم عند الأحناف[1] والمالكية، إذ القيمة في التقوم في هذه الحالةتعتبر بالنسبة لمالكه، ويري أبو حنيفة تضمين المسلم إذا أتلف لذمي خمراً أو خنزيراً حتي لوقصد بإتلافه الأجر والثواب لأن الشارع أمرنا أن نتركهم ومايدينون .

وعند الشافعي وأحمد : لايجب ضمان الخمر والخنزير سواء أكان متلفه مسلماً أم ذمياً، لمسلم أو لذمي[2]، وبهذا نتبين أن المال قد يكون متقوما وغير متقوم في آن واحد تبعاً لمالكه وحكم الشرع.

وتعريف الفقهاء للمال هو الذى أوجد هذين القسمين، وأما عند رجال القانون فإن المادة ٨١ جاء فيها مايفيد أن هناك بعض الأشياء لاتصلح أن تكون محلا للحقوق المالية، لأنها تخرج عن التعامل بطبيعتها وهي التي لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وهي الأموال العامة التي تخرج عن دائرة التعامل فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم المادة ٨٧، أو لأن القانون يمنع أن تكون محلا للحقوق المالية، أي يحرم التعامل فيها لاعتبارات متصلة بالنظام العام

---

(١) ويقول أبو حنيفة : إن كان مسلماً فتضمن بالقيمة، وإن كان ذمياً يضمن بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها، وقد كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلي أحد ولاته الذى استفتاه عن أهل الذمة الذين يمرون بالمعاشر ومعهم الخمور يقول : ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر قيمتها.

(٣) الشافعية لايرون ذلك ولا يعتبرون لها قيمة لأن لهم مالنا وعليهم ما علينا، والأصل في هذا اختلافهم في اعتقاد الكافر حكما من الأحكام على خلاف ما ثبت في الإسلام. فقال أبو حنيفة: إن ديانته تصلح دافعة للتعرض حتي لو باشر ما دان به لا نتعرض له اتفاقا فكذا عقيدته التي يدين بها تمنع بلوغ دليل الشرع إليه في الأحكام التي تحتمل التغير مثل تحريم الخمر والخنزير وتحريم نكاح المحارم ونحوها فلا يثبت الخطاب في حقه لانه لا يعتقد صدق المبلغ والشرع أمرنا الا نتعرض له إذا قبل الذمة فبقي علي الجهل بشيوع الخطاب فيبقي الحكم في =

أو حسن الآداب كالحشيش والأفيون، وماعدا ذلك فإنه يصح أن يكون محلا للحقوق المالية (الفقرة الأولي).

وهم في هذا التقسيم وإن بعدوا عن الذي يقصده الفقهاء من المتقوم وغير المتقوم. إلا أن ما يمنع القانون من اعتباره محلا للحقوق ويحرم التعامل فيه هو قريب مما قاله الفقهاء هنا بالنسبة للخمر والخنزير فهي غير متقومة في حقنا ومع هذا فهي متقومة بالنسبة لغير المسلمين، وكذا الأفيون مثلا كمادة تدخل في بعض العقاقير فإنها يجري فيها التعامل وتقدر لها قيمة رغم عدم صلاحيتها لان تكون محلا للحقوق المالية في غير ذلك.

ثانياً – من ناحية الاستقرار وعدمه ينقسم المال إلى عقار ومنقول :

العقار : كما يراه غير المالكية مالا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، وهو الأرض مطلقاً.

أما المالكية فقد عرفوه بأنه ماله أصل ثابت لايمكن نقله وتحويله من مكان إلي آخر مع بقاء هيئته وشكله.

= حقه علي ما كان عليه، فكان الخطاب بتحريم الخمر غير نازل في حقهم في أحكام الدنيا وما أشبه ذلك نحو هبة الخمر والوصية والتصدق بها وأخذ العشر من قيمتها، ومثل الخمر في حقهم الخنزير حتي كان في حقهم كالخل والشاة في حق المسلم. وهو قول أبي يوسف ومحمد. وعند الشافعي لا يجب بإتلاف خمر الذمي شيء سواء اتلفه مسلم او ذمي لانه جعل الديانة دافعة للتعرض دون الخطاب حقيقة أو تقديراً لإشاعته في دار الإسلام وإنكاره جهل، والجهل ليس بعذر مطلقاً، إلا اننا امرنا الا نتعرض لهم بسبب عقد الذمة وهو عهد يجب الوفاء به فلا يجب علي الذمي حد الشرب، أما سائر الاحكام مثل إثبات التقوم وإيجاب الضمان علي المتلف وصحة البيع فديانة الكافر ليست بحجة علي غيره. راجع تفصيل هذا الموضوع في كشف الأسرار علي أصول فخر الإسلام للبزدوي جـ ٤ ص ١٥٤١ وما بعدها، وراجع المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٧٦ / ٢٧٨.

فالبناء والشجر والنخل عقار عند مالك، إذ البناء حينما ينقل من مكانه لايبقي علي شكله وصورته بل يصير أنقاضاً، والشجر الذي له أصل ثابت مستقر، فعند تحويله وقطعه يكون أخشاباً لا شجراً،والحق فقهاء المالكية كبار السفن بالعقار لأنها مستقرة ويمكن سكناها.

المنقول : هو ما أمكن نقله وتُحويله من مكان لآخر فيشمل كل شيء غير الأرض، من بناء وشجر وزرع وسفن وحيوان ومكيل وموزون، وكل مايمكن نقله من مكانه علي أي وجه كان بحالته، التي هو عليها أم بغير حالته.

لكن يستتبع تعريف العقار عند المالكية أن يكون المنقول عندهم ما أمكن نقله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله،أي بحالته التي هو عليها، كالسيارة والدابة وكل مستقل بذاته غير متصل بالأرض اتصال استقرار ودوام(١).

وأثر هذا الخلاف في فهم العقار والمنقول أو في مايدل عليه كل منهما يظهر في كثير من الأمور، فالشفعة تثبت في العقار عندهما، «الأحناف والمالكية»(٢)، وكذا العقار متفق علي جواز وقفه في الفقه الإسلامي دون المنقول خلافاً للبعض ممن أجاز وقفه(٣)، ويجوز أن يتصرف مشتري العقار فيه بالبيع قبل أن يتسلمه بخلاف المنقول فلا يجوز ذلك إذا كان تابعاً للعقار، ويجوز لوصي القاصر أن يبيع بعض منقولات القاصر للمصلحة التي يراها، أما العقار فليس للوصي التصرف فيه

(١) وقد اتجه المشرع الوضعي في التقنين إلي ماذهب إليه الإمام مالك وتوسع في فهم العقار، راجع مادتي ٨٢ ، ٨٣ من القانون المدني ١٣١ الصادر في مصر سنة ١٩٤٨.

(٢) أما الدور فإن الشفعة تثبت فيها عند الأحناف إذا كانت تابعة للأرض وبيعت معها فلا شفعة عندهم في البناء إذا بيع دون الأرض، بأن كانت الأرض حكراً وبيع ماعليها من بناء خلافاً لمالك لأن البناء عنده عقار، راجع لنا تفصيل ذلك في الفقه الإسلامي.

(٣) الأحناف يمنعون وقف المنقول إلا إذا كان تابعاً للعقار، كمن يقف ضيعة بما عليها أو يكون جري عرف بوقفه كوقف الكتب، أو يكون نقل وقفه من فعل السلف الصالح كوقف السلاح والخيل- وإن كان القانون ٤٨ سنة ١٩٥٦ أجاز وقف المنقول إلا أن القانون ١٨٠ سنة ١٩٥٢، قصر الوقف علي جهات الخير. راجع للمؤلف الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية.

بالبيع إلا لمسوغ شرعي، كبيعه لوفاء دين، وتباع منقولات المدين أولا ويبقي العقار حتي تنتهي جميع المنقولات، فما هو العقار؟ وماهو المنقول؟ من هذا تظهر فائدة تقسيم المال إلي عقار ومنقول، كما يظهر أثر التفاوت بين الفقهاء في فهم العقار وفهم المنقول.

ثالثا – من ناحية تماثل أجزائه وعدمه ينقسم إلي مثلي وقيمي :

المثلي : مالا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به وتوجد له نظائر في الأسواق. والمثليات كل مايقدر بالوزن كالذهب والفضة، ومايقدر بالكيل كالحبوب والزيوت[١] وما يقدر بالعد المتقارب الآحاد كالبيض والليمون مادامت كلها من نوع وحجم واحد . ومن المثليات أيضاً عروض التجارة المتحدة الجنس كالنسخة من كتاب طبع منه عدة نسخ علي ورق من نوع واحد، في طبعة واحدة، وكالأقمشة إذا أخذت متراً من قماش معين من تاجر وعنده الكثير، وكذا كالآنية ما دامت الأجزاء والآحاد متماثلة وكل ماتمت صناعته بواسطة الآلة وكان من نوع واحد لعدم تفاوت أجزائه ووحداته.

القيمي : ما تفاوتت آحاده تفاوتاً يعتد به أو لم تتفاوت؛ ولكن انعدمت نظائره من الأسواق،وهو كما يكون في المنقول يكون في العقار. فالأرض والبناء من القيميات، والحيوانات المتغايرة في الجنس أو المتحدة، والعدديات المتفاوتة تفاوتاً لا يغتفر في الحجم أو النوع، ومنها عروض التجارة المختلفة الجنس كلها من

---

(١) وقد يتدخل العرف فيجعل الموزون مكيلا كما يحدث بالنسبة للأسمدة والبلح في الريف والعكس كالحبوب والزيوت، كما يصح ان يتدخل العرف ايضاً فيجعل المعدود موزوناً كالبرتقال والعكس كالحلوي في بعض أصنافها. إذ العبرة عند ابي يوسف بالعرف الطارئ الذي كان موجوداً ومستقراً عند التعامل إذا كان هناك نص شرعي ورد مقراً للعرف الذي كان متعارفاً وقت صدور النص، وفي هذا توسعة للناس في معاملاتهم، بخلاف ماذهب إليه الإمام وصاحبه محمد من عدم جواز ذلك، لأن ماجاء به النص يجب بقاؤه علي ماهو عليه.

القيميات، وفوق كل هذا فجميع المثليات يمكن اعتبارها من القيميات إذا انعدمت من السوق وأصبح لا يوجد لها مثيل في المتاجر(١).

والمثلي إذا ما عين بأوصافه ثبت ديناً في الذمة، فإذا تعدي عليه أحد ضمن المتعدي مثله لاقيمته حتي لايضار صاحبه، بخلاف ما إذا عين بالإشارة إليه أو مايقوم مقامها، فإنه يتعين بذاته في هذه الحالة.

أما القيمي فإنه لايثبت غالباً ديناً في الذمة ويتعين بما يعينه من إشارة وغيرها(٢).

المثلي يصلح أن يكون ثمناً لأنه متعين معروف ويصلح أن يكون ديناً في الذمة بخلاف القيمي.

المنافع(٣) : هي كل ما يستفاد من الأشياء مما لا يمكن حيازته بنفسه مثل سكني الدار وركوب السيارة والقطار وقراءة الكتاب والجريدة ومشاهدة مسرحية إلي

---

(١) ومن الممكن أن يتدخل العامل الزمني فيجعل القيمي مثليا فقد كان قديما تنسج الأقمشة علي الأنوال اليدوية، ويترتب علي ذلك اختلافها في الدقة والعناية متراً فمتراً، وكذا الكتب كانت قبل الطباعة تكتب بخط اليد والخطوط مختلفة بين رديئة وجميلة، وبين كاتب مدقق لايخطئ وكاتب غير مدقق، بل تختلف وإن كان الكاتب شخصاً واحداً، لأن مقدرته علي الضبط والعناية تختلف باختلاف الوقت واختلاف مجهوده. أما الآن وبعد اختراع آلات النسيج والطباعة وغيرها من الآلات، فقد أمكن أن تخرج الآلة من نوع القماش المتحد الأجزاء والوحدات، وكذا من الكتاب الواحد غير المختلف في اي شيء آلاف القطع والنسخ، ولذا أصبحت في هذا العصر مثلية بعد أن كانت لاتكون إلا قيمية، وقد لوحظ ذلك في المادة ٨٥ من القانون المدني المصري.

(٢) فإذا حدث التعاقد بالبيع بين شخصين أحدهما يملك اغناماً والآخر يملك حبوباً فباع الأول للثاني شاة بأردب من القمح ثبت القمح دينا في ذمة الآخر إذا لم يكن حاضراً.

(٣) راجع تفصيل الموضوع في كتابنا الفقه الإسلامي الفصل الثاني، من ص ١٧٤.

غير ذلك من المنافع المرضية التي تحاز بنفسها[١]، والأحناف لايعتبرونها أموالا، ولا يثبتون فيها الإرث، ولا يحكمون فيها بالضمان، ولعل الأحناف كانوا فيما اتجهوا إليه نظريين غير واقعيين، ولذا فإنهم قد استثنوا من قاعدتهم هذه ما أعد للاستغلال من الأعيان، لأن إعدادها لذلك قرينة قبول من استغلها لدفع الأجر المعين أو أجر المثل، وكذا أموال اليتيم والوقف والأموال العامة لأن المشرف عليها غير مالكها. ولعل توسعهم في هذا الاستثناء يدل علي شعورهم بأن ماذهبوا إليه يضيق علي الناس في معاملاتهم، ولكن غيرهم يرون تحقق ماليتها ويثبتون فيها الإرث لأنه يتحقق فيها البذل والمنع، إذ من الممكن أن تعطي كتابك لآخر لينتفع بقراءته. كما يمكنك أن تمنع ذلك عنه فوق أنها تحاز تبعاً لحيازة أصلها[٢].

قابلية الأعيان ومنافعها للتملك:

قابلية المال لتملك الأفراد تخضع لما نشأ بسبب حضارة الإنسان وترابطه، وتكوينه للجماعات والدول، من نظم وقوانين حدت من سلطان الفرد في التملك، وحدت من قابلية بعض الأشياء للتملك، ولذا قسم الفقهاء الأموال من ناحية قابليتها للتملك وعدمه إلي ثلاثة أقسام :

١- ما لا يجوز للأفراد والجماعات امتلاكه لأنه من مستلزمات الجماعة كالجسور والقلاع، والطرق وجميع المنشآت والمنافع العامة.

---

(١) أما إذا كانت المنافع مادية كلبن الدابة وولدها وثمرة الشجرة، مما يسمي غلة، فهي أموال باتفاق الفقهاء.

(٢) والقانون المدني اتجه إلي ما اتجه إليه جمهور الفقهاء، راجع شرح القانون المدني جـ ٣ ص ١٣ للمرحوم الدكتور كامل مرسي، ونظرية الحق للدكتور محمد سامي مدكور.

٢- مالايجوز للأفراد والجماعات تملكه إلا لمصلحة عامة تعود علي الدولة أو لمسوغ شرعي، كالأعيان المملوكة للدولة أو الموقوفة.

٣- ما يجوز فيه التمليك والتملك من غير قيد أو شرط، إلا القواعد التي وضعها الفقه الإسلامي في هذا الشأن. وهذا هو الأصل، لأن المال بطبيعته قابل للتمليك والتملك إلا إذا عرض له ما يخرجه عن طبيعة التعامل، ولأن التمليك والتملك هما النتيجة الطبيعية لإحراز الأموال، بل الثمرة الأولي لإحراز الأموال وسبب تقومها.

أنواع الملكية :

أولا - متميز وغير متميز :

والملك ينقسم باعتبار صورته وتعلقه بالمملوك إلي قسمين :

١- متميز وهو ما كان متعيناً محدداً غير مختلط بملك الغير.

٢- وغير متميز ويعرف بالملك الشائع أو المشاع أو علي الشيوع، وهو ما اختلط بملك الغير وشاع فيه دون تعلق بجزء معين مميز كدار أو قطعة أرض أو سيارة ورثها جمع من الورثة عن مورثهم، فملكية كل منهم لنصيبه تتعلق بجزء مختلط بملك الغير، ولذا فإن الفقهاء يصفونها بقولهم «جزء منبث في الكل» وهذا يسمي شركة أملاك[1] وهي قيد معرقل للتصرفات؛ ولذا شرعت القسمة لإزالة الشيوع من الملك.

فإن كانت هذه العين التي تعلق بها ملك الورثة تحتمل قسمة الإفراز بحيث لايتغير وجه الانتفاع بها بعد القسمة عن جنسه قبلها فهو مايطلق عليه أنه مشاع

(١) وهذا بخلاف شركة العقد التي يتعاقد فيها اثنان فأكثر علي استثمار المال أو العمل واقتسام الربح. وهذه شركة منفعة.

قابل للقسمة مثل الضيعة الواسعة والدار الكبيرة. وإلا فإذا كان وجه الانتفاع الذي كان مقصوداً منه لايمكن تحققه لو قسم قسمة إفراز، فإنه يسمي مشاعاً لايقبل القسمة كالدابة والسيارة، والبيت الصغير الذي لو قسم بين الشركاء لايصلح النصيب للسكن.

وحكم المال الشائع أن لكل واحد من الشركاء حق الانتفاع به بما لا يضر بالآخرين، وإلا فإذا لم يمكن ذلك فإن كان قابلا للقسمة قسم ولو جبراً بناء علي طلب البعض ، وإلا قسم الانتفاع به بينهم قسمة مهايأة زمانية بأن ينتفع كل واحد زمناً بمقدار نصيبه، أو مهايأة مكانية بأن ينتفع كل منهم بمكان منه ويتداولونه بينهم، فإذا لم يمكن شيء من ذلك واختلفوا بيع بيعاً جبرياً[1] وقسم ثمنه عليهم حسب أنصبتهم.

---

(١) وحالات إخراج المال جبراً عن صاحبه يمكننا حصرها في الآتي :

١- نزع الملكية للمنافع العامة : كتوسعة طريق، أو مجري نهر أو إنشاء جدول أو مصرف، أو إنشاء مستشفي أو توسعة شيء من ذلك : وقد حدث مثل ذلك في عهد الخلفاء علي ما بينا. فقد حدث في عهد عمر أنه انتزع ملكية بعض الدور المحيطة بالمسجد الحرام بمكة وأودع ثمنها لهم بخزانة الكعبة، بعد أن امتنع أصحابها عن بيعها. ثم تكرر هذا في عهد عثمان أيضاً.

٢- بيع مال المدين المماطل جبرا عنه وفاء لدينه، لأن في مماطلته بدائنيه مايسيء إليه ويضر بهم، ولذا قال الفقهاء غير الإمام من الأحناف : للقاضي أن يجبر المدين المماطل علي أن يبيع ملكه سداداً لدائنيه وإلا باعه عليه القاضي جبراً. ولكن الإمام يري أنه لا يحجر علي المدين بسبب عدم الوفاء بدينه، وإنما يحبس حتي يسدد ما عليه من الديون ولا يفرج عنه إلا إذا انتهي الدين، أو ظهر للقاضي أنه لم يبق له ما يباع.

٣- ما قاله مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف من الأحناف : أن من يملك حيواناً وجبت عليه نفقته ديانة وقضاء، بحيث إذا تركه جائعاً أو عذبه أمكن مقاضاته بدعوي حسبة ترفع ضده من أي شخص، فيأمره القاضي بالإنفاق عليها والإحسان إليها، فإذا لم يأمر القاضي باعها عليه جبراً.

والشيوع كما يكون في الأعيان يكون في الديون ويسمي بالدين المشترك، كأن يبيع الشركاء داراً لهم لواحد بثمن مؤجل، أو يتلف شخص عينا مشتركة بين أفراد ولزمه الضمان فالقيمة تكون ديناً مشتركا كذلك، والملكية المشتركة في الديون لاتقبل القسمة وهي متعلقة بالذمة، وأن ما يقبض منه تصح قسمته ولا ينفرد به أحدهم.

ثانياً - ملك تام وناقص :

الملك التام وسببه : ما كان للمالك حق التصرف المطلق في نفس الشيء المملوك وفي منفعته، بمعني أن يكون مالكا العين المحارة عقاراً كان أو منقولا

٤- أخذ العقار بالشفعة لان الشفيع إنما يتملك العقار المبيع علي المشتري ولو جبراً عنه بما قام عليه من الثمن والمصاريف.

٥- القسمة «قسمة الإجبار»

٦- الوصية الجبرية.

٧- إجبار الولي من في ولايته علي الزواج، ففيه إخراج للمهر من مال الصغير رغم إرادته.

٨- استيلاء الحاكم علي الفائض من أقوات الناس بالقيمة لإمداد جنوده به أو إمداد الجهة التي انقطع عنها القوت، وكذا الاستيلاء علي عمل الصانع إذا احتاج الناس إلي صناعة طائفة كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك، فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة المثل إذ لا تتم الفلاحة إلا بذلك.

٩- ومن هذا القبيل تسعير السلع، وإجبار أصحابها علي بيعها بالسعر الذي يحدده ولي الأمر ومن إجبار المحتكر علي بيع ما عنده بقسمة المثل ما روي عن الرسول أنه قال :

«لا محتكر إلا خاطئ فإن المحتكر الذي يعمد إلي شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد غلاءه عليهم لظالم لعموم الناس».

١٠- ومن هذا أيضاً فرض الضرائب وجبايتها ، وجمع الزكاة من الممتنعين من السراة.

١١- الحكم بالإنفاق علي من تجب علي الشخص نفقتهم، فهو إخراج المال جبراً عن صاحبه.

١٢- أحكام الميراث نفسها، فإنها تحكم في أموال الناس وتوزيعها بما قد لا يرتضونه فهي إخراج للمال جبراً عنهم.

حيواناً كان أو جماداً من كل ما يملك ويحاز، وأن يكون أيضاً مالكا لمنفعة هذا الشيء[1] فإذا كنت تملك داراً ملكا تاماً فمن حقك أن تهدمها أو تعدل في اوضاعها، ومن حقك ان تبيعها وأن تهبها، وأن تؤجرها وتستغلها، وأن تسكنها وأن توصي لأشخاص بحق سكناها مدة، وكذلك تملك التصرف في سيارتك وثوبك وقلمك وكتابك.

وأول سبب تثبت به الملكية التامة للشخص هو الاستيلاء علي المال المباح لأنه سبب منشيء للملكية علي شيء لم تثبت عليه ملكية من قبل لأحد وهذا ينبنى علي قاعدة «من سبقت يده إلي مال مباح فهوله» وقاعدة «الأمور بمقاصدها» لأنه يشترط عند الاستيلاء قصد التملك لتثبت الملكية وتستقر، وماعدا هذا فهي أسباب ناقلة للملكية : وهذه إما أن تكون نتيجة عقد من عقود التمليك تبرعاً كان أو معاوضة[2]، كعقد الشراء والوصية والهبة، ويدخل ضمن هذه العقود الجبرية والتمليك الجبري ما أشرنا إليه بالهامش قبل، ومن التمليك الجبري الحكم بالشفعة لأن الملكية تثبت للشفيع من غير رضاء المشتري بل جبراً عنه، وهذه يمكن القول بأنها مع عدم رضاء الخصم وتسليمه في المشفوع فيه تتضمن عقداً جبرياً، يمثل أحد طرفيه الشفيع وينوب القاضي فيه مناب الآخر، والمعاوضة موجودة لأن الشفيع سيتملك بالثمن.

وأخيراً فإن الملكية التامة تثبت أيضاً بسبب الخلفية وهي أن يحل في الحقوق شخص أو شيء جديد محل شخص أو شيء زائل وهي نوعان :

---

(١) هذا القسم أيضاً يوجد عند فقهاء المالكية الذين قالوا إن الاعيان لا تملك وأن الذي يملك هو المنافع فقط إذ يقولون : إذا كان سبب الملك يقتضى سلطانا كاملا علي جميع المنافع من غير توقيت كانت الملكية تامة، مثل الملكية التي ينتجها عقد البيع والهبة أو التي تنتج عن الميراث أو عن حيازة المال المباح، وإن كان سبب الملك يقتضي سلطة قاصرة أو مؤقتة كانت الملكية ناقصة، وذلك كالملكية التي تثبت للشخص عن طريق العارية والإجارة والوصية بالمنفعة.

(٢) عقود الإجارة والزواج والطلاق علي مال والخلع اري أنها تعتبر ملكية تامة أيضاً بالنسبة لأحد طرفي العقد لأن الأجرة والمهر والمال الذي يدفع في مقابلة الطلاق أو الخلع كلها يتملكها المؤجر أو الزوجة أو المطلقة ملكية تامة..

الإرث: إذ الوارث خليفة المورث في حدود تركته بعد تجهيزه وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه[١].

الثاني: التضمين أو التعويض فإنه إذا أتلف أحد شيئاً للغير أو غصبه أو الحق به ضرراً بجناية أو تسبب في ذلك فإنه يضمن ويلزمه تعويض الضرر بالأرش أو الدية ويتملك المحكوم له هذا العوض بسبب الخلفية عن ماتلف له بفعل الغير.

ومن أسباب الملكية أيضاً في الفقه الإسلامي التولد من المملوك لأن ما يتولد أو ينشأ من المملوك يكون مملوكا حتي لو كان الأصل مغصوباً فنتاجه علي ملك المغصوب منه، ولا أثر لبحث الفقهاء في تطبيق حكم الغصب بالنسبة للفرع عند هلاكه في أن التولد تثبت به الملكية.

وإذا نظرنا إلي أسباب الملكية في الفقه الإسلامي لوجدناها من ناحية أخري: إما أن تكون أسباباً فعلية تتم بالأفعال فلا تحتاج إلي عبارة حتي يشترط فيها الأهلية وإنما تصح من العاقل البالغ، كما تصح من المجنون والصبي. وهذا هو السبب الأول «الاستيلاء علي المال المباح»[٢]

(١) راجع لنا الوصايا في الفقه الإسلامي القسم الأول وصية الله «الميراث».

(٢) والاستيلاء تثبت به الملكية، سواء أكان استيلاء حقيقياً أم حكمياً، غير ان الملكية لا تستقر وتبقي إلا إذا كان الاستيلاء حقيقياً، وإنما يكون كذلك بأخذ الشيء المباح باليد أو بواسطة آلة أعدت لذلك علي أن يكون المستولي قريباً منه بحيث لو مد يده إليه لامسكه لانه ليس بممتنع عليه، وبهذا تثبت الحيازة وتنشأ الملكية وتستقر باتفاق الفقهاء من غير حاجة إلى نية أو قصد.

والاستيلاء الحكمي ما كان بواسطة الآلة وحدها بحيث يخرج الشيء المباح عن طبيعته وحالته الأولي، والاستيلاء الحكمي وإن كان يثبت الملكية إلا أنها تثبت علي خطر الزوال، بحيث لا تستقر إلا إذا انقلب الاستيلاء إلي استيلاء حقيقى فيصبح في حيازته وغير ممتنع عليه.

وحيازة الشيء المباح سبب فعلي منشيء للملكية فيه فلا تتوقف علي أهلية الحائز، بل تكون من العاقل والمجنون والصبي، وتكون سند الملكية له بخلاف الأسباب الأخري فإنها ناقلة للملكية من حيز إلي حيز لا منشئة. كما أن هذا السبب لايرد إلا علي الأموال المباحة، فلا تتم الملكية بالاستيلاء علي ما كان مملوكا للغير ولو مجهولا، مهما مضت المدة أو طال الأمد، فالمال=

وإما أن تكـون قولية تتـحقق بالأقـوال وما في مـعناها وهي العقـود الناقلة للملكية والشفعة، أو تتم دون شيء من هذا، وإنما جبراً ولا دخل للقول أو الفعل فيه وهو الخلفية، وبذا تكون أسباب الملكيـة في الفقه الإسلامي منها ماهي أسباب اختيارية، ومنها أسباب جبرية لا دخل للإنسان فيها.

=المملوك لشخص تبـقي ملكيتـه ثابتة مسـتقرة لا تزول إلا بسـبب من الأسباب السـابقة. فلو وجدت شيئا مملوكا وتجهل شخص مـالكه فهو أمانة في يدك عند الأحناف، أما غير الأحناف فإن اللقطة عندهم تنتقل ملكـيتها إلي الملتقـط علي تفصيل وشروط مـوضعها كتـاب اللقطة في كتب الفقه. كـما أنها تثبت بها الملكيـة التامة للشيء رقبة ومنفـعة، فيخرج الشيء المحـاز عن إباحته العامة التي كان عليها من قبل، ويضـمن بالاعتداء عليـه لأنه قد أصبح مالا مملوكا محترما، يقول عليه السلام «من سبقت يده إلي مال مباح فهوله».

والمال المباح : كل ما خلقـه الله لينتفع به الناس علي وجه مـعتاد، وليس في حيـازة أحد مع إمكان حيازته. فـالسـمكة في البحر مال مبـاح وبصيـدها خرجت عن إباحتـها ودخلت في ملكية صائدها. وكـذلك الغزال في الصحـراء والطير في الهواء مـادام لم يدخل في ملك أحد. والمال المباح يكون حيوانا برياً وبحـرياً، ويكون نباتا حشائش واعشابا وحطباً ويكون جـماداً أرضا مواتاً وهي التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد وبعيدة عن العمران، وركازا وهي المعادن التي توجد في باطن الأرض وتكون جزءا منها، وناراً وماء.

ولكل نوع من المال المبـاح طريق للاستيـلاء عليه، وحيـازته، فالماء يكون بوضـعه في الأواني والأنابيب والصهاريج مع قصد التملك، والحشائش بحشها والحيوان بحرياً وبرياً باصطياده باليد أو بآلة. والأرض الموات بإحيائها وإعدادها للإنبات، والركاز باكتـشافه والعثور عليه، والنار المشتعلة في الأعشاب والأشيـاء المباحة، فهي مباحة جسـمها ولهبها وإن كان الوقـود مملوكا لشخص فهي علي الإباحة الخاصة لأي فرد أن يأخـذ من لهبها أو يستفيد من دفئـها وضوئها ما دامت في مكان عام. وإلا فهي محـرزة لابد من الاستئذان. راجع لنا في موضوع الإباحـة والأموال المباحة نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن يدرس بدبلوم الشريعة بكلية حقوق القاهرة.

هذا والأسباب التي ذكرها القانون المدني المصري[١] ، وهي «الاستيلاء علي مال ليس له مالك، والميراث بعد تصفية التركة، والوصية، والالتصاق، والعقد والشفعة، والحيازة» وهي في جملتها لا تخرج عن الأسباب التي اعتبرها الفقه الإسلامي فيما عدا الآتي :

(أ) **الالتصاق**[٢] كالأرض التي تتكون من طمي النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة فإنها تكون للملاك المجاورين (م/ ٩١٨) أو أن يقيم شخص بمواد من عنده منشآت علي أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض : كان لصاحب الأرض أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ماراد في ثمن الأرض.

وهذا السبب وإن كان الفقهاء لم يتكلموا عنه كسبب من أسباب الملكية إلا أنهم تناولوه عند كلامهم عن الشفعة وعن خيار العيب في حكم مالو أحدث الشفيع أو المشتري في العين زيادة متصلة لايمكن فصلها، أو منفصلة وفصلها يضر بالعين نفسها ثم استحقت العين للغير لأنها ليست ملكاً لمن باع لهم[٣].

(ب) الحيازة : وهي وضع اليد علي مال مملوك للغير وتقادم العهد عليه وهذا كما يري الفقهاء لايثبت ملكا للحائز ولا يزيل ملكا قديماً ثابتاً عليه[٤]، علي تفصيل بينهم عند الكلام عن اللقطة، غاية الأمر أن الفقهاء قالوا إن وضع اليد

---

(١) قد عقد في القانون فصل خاص لأسباب كسب الملكية من المادة (٨٧٠ / ٩٨٤)

(٢) وقد بينته المواد ٩١٨ / ٩٣١

(٣) راجع لنا في هذا الفقه الإسلامي في موضوعي : الشفعة وخيار العيب.

(٤) وفي المغني جـ ٧ ص ٦٥٢ «إن صاد غزالا فوجده مخضوباً أو في عنقه حرز مما يدل علي ثبوت اليد عليه فهو لقطة لأنه دليل علي أنه كان مملوكا» والمسألة محل تفصيل بين الفقهاء وقد بيناه في كتابنا الفقه الإسلامي عند الكلام عن الصيد والأرض الموات.

المدة الطويلة[1] علي مال مملوك للغير مع إنكار واضع اليد ملكية الغير له، وعدم وجود عذر يمنعه عن رفع الدعوي، وليس معني هذا الاعتراف بملكية واضع اليد، أو رفع ملكية قديمة عنه.

ولكن المواد من ٩٤٩ / ٩٨٤ من القانون المدني اعتبرت حيازة المنقول والعقار أو حيازة حق عيني علي منقول أو عقار تكسب الحائز ملكية الشيء أو الحق إذا استمرت حيازته ١٥ سنة إلا إذا كان يستند في الوقت ذاته إلي سبب صحيح واقترنت الحيازة بحسن النية فإن مدة التقادم المكسبة للملكية خمس سنوات، كما أن الأموال الموقوفة لا تكتسب ملكيتها إلا إذا دامت الحيازة ٣٣ سنة.

الملك الناقص وسببه وأنواعه : الملك الناقص هو ما لم يجتمع فيه ملك العين وجميع منفعتها في يد واحد، وإنما كان مالك الرقبة غير مالك المنفعة جميعها أو بعضها، سواء أكانت المنفعة شخصية أم عينية، وسبب الملك الناقص هو تعلق حقين لشخصين مختلفين في شيء واحد، أحدهما في رقبته والآخر في منفعته المتعلقة بالأشخاص أو بالأعيان، فإذا كانت دار تملكها شخص بالإرث، وكان مورثه قد أوصي قبل وفاته بسكني هذه الدار لشخص آخر عينه لمدة خمس سنوات مثلا، فإن الوارث حينما يتملك فإنما يتملك الرقبة فقط لأن منفعتها في المدة المذكورة يملكها الموصي له مادام قبل الوصية بعد وفاة الموصي، أو أن يكون للإنسان قطعة أرض زراعية وكان سقيها وإرواؤها بمرور المياه من أرض غيره، فتكون هذه الأرض التي عليها حق إمرار الماء للأرض الأخري، ملكية صاحبها لها ناقصة لأن عليها حق ارتفاق، والأرض الأخري لها علي هذه الأرض حق انتفاع.

---

(١) وتحديد هذه المدة أمر اجتهادي وقد جعله الفقهاء ثلاثين أو ثلاثا وثلاثين أو ستا وثلاثين سنة والقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ الخاص بالمحاكم الشرعية الملغاة نصت مادته (٢٧٥) علي أنها ثلاثة وثلاثون سنة بالنسبة للوقف والإرث، وخمس عشرة سنة بالنسبة لغيرهما.

هذا والملك الناقص نوعان :

(أ) ملك الرقبة فقط، وهذه لاتقبل التوقيت ولا الإسقاط وإنما تكون دائمة ولا تقبل إلا النقل، ومالكها لايملك التصرف في المنفعة ولا في نفس الرقبة تصرفاً يضر بالمنتفع أو ينقص من حقه، وهذا النوع من الملك ينتهي دائماً إلي ملكية تامة بعد انتهاء مدة المنتفع، أو بعد وفاته عند من يري أن المنافع لا تورث إذ أن ملك العين يستلزم مبدئياً ملك المنفعة دون العكس إذ ملكية الأشياء لم تقصد لذاتها وإنما لمنافعها.

ففي مثالنا السابق لايكون للوارث حق هدم الدار أو شيء منها إلا بإذن ورضاء من له حق المنفعة، وإذا كانت حديقة : لشخص الرقبة ولآخر المنفعة فإن صاحب الحديقة المالك لرقبتها لا يستطيع أن يقطع شجرة من أشجارها إلا بإذن مالك المنفعة مادام التصرف ينقص من ملكية المنتفع وحقه.

فأسباب امتلاك الرقبة فقط دون أي منفعة لايكون في الفقه الإسلامي إلا في صورتين :

إذا أوصي الآخر بمنفعة العين مدة حياته أو مدة حددها فإن ملكية الورثة ستكون فيها علي الرقبة، فإذا أوصي بداره لمحمد وبمنفعة هذه الدار لعلي خمس سنوات فإن ملكية محمد الموصي له بالدار تكون في هذه المدة قاصرة علي الرقبة فقط، أما إذا أوصي بمنافع دار لجهة مؤبداً فهي وقف لاوصية وتكون العين بهذا خرجت من ملك الموصي إلي ملك الله أو الجهة الموصي لها(١).

(ب) **ملك المنفعة** : وهي إما أن تتعلق بالشخص وتسمي حق الانتفاع الشخصي، وحينئذ تكون مؤقتة بمدة محدودة أو بحياة الشخص حيث لا تورث عنه عند الأحناف خلافاً لغيرهم. وإما أن تتعلق بالعقار نفسه وهنا تسمي بالمنفعة العينية أو بحق الارتفاق. وهذه لا تكون إلا دائمة.

---

(١) راجع لنا الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية.

حق الانتفاع الشخصي[(١)] :

هو حق يستفيد به مالك المنفعة من مباشرة الانتفاع بملك الغير وهذا النوع يكون في العقار والمنقول علي حد سواء، وهو يشمل ماكان الانتفاع فيه قاصراً علي شخص المنتفع بذاته من غير أن يكون له الحق في تمليك المنفعة للغير بأجر أو بغير أجر، كما يشمل ما إذا كان لمالك المنفعة حق الانتفاع بنفسه وحق تمليكها للغير. وفي الواقع أن ذلك يختلف باختلاف سبب ملكية هذه المنفعة وما يتضمنه هذا السبب من قيود اشترطت صراحة، وقيود يقتضيها العرف، والمنفعة الشخصية تكون بسبب الإجارة أو الإعارة أو الوصية بالمنفعة أو الوقف[(٢)].

---

(١) وهذا يقابله في القانون حق الانتفاع الذي هو حق مباشر مقرر للمنتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله م ٩٨٧، ٩٨٨ من القانون المدني وحق الانتفاع هذا يعتبر في نظر القانون أيضا حقا شخصيا لأنه حق لا يجاوز حياة صاحبه فلا ينتقل إلي ورثته، وإن كان يعتبرحقا عينيا من وجهة أنه حق مقرر لصاحبه مباشرة علي الشيء محل الحق فيستعمل ذلك الشيء ويستغله دون تدخل مالك الرقبة - وهذا الحق الشخصي الذي هو قسم من الحقوق المالية وهو عبارة عن سلطة مقررة لشخص قبل شخص آخر بمقتضاها يكون للأول أن يطالب الثاني بالقيام بعمل معين. ويقابل الحق الشخصي هذا الواجب الشخصي المقرر علي المدين بالقيام بالعمل محل الحق الشخصي، كما يطلق علي هذا الحق «حق الدائنية أو حق المداينة» راجع في هذا للدكتور محمد سامي مدكور نظرية الحق.

وقد سبق أن أشرنا إلي أن الفقه الإسلامي لم يتكلم عن الحق الشخصي لأنه اهتم بالتفرقة بين الدين والعين فلم تظهر مع ذلك عندهم التفرقة بين الحق الشخصي والعيني.

(٢) الإجارة : هي تمليك المنفعة في الحال بعوض - والإعارة : هي تمليك المنفعة في الحال بلا عوض.

والوصية بالمنفعة : هي تمليك المنفعة تمليكا مضافاً إلا ما بعد الموت بطريق التبرع.

والوقف : حبس العين عن تملكيها والتصدق بمنفعتها.

كما يصح أن يكون سبب ملكية المنفعة عقد نكاح، المهر فيه منفعة، ويصح أن يكون سببه الطلاق نظير عوض عندما يكون العوض منفعة.

فإن كانت ملكية المنفعة ناتجة بسبب عقد إجارة كان لمالكها حق الانتفاع بالعين المؤجرة بنفسه، وله أن يؤجرها للغير أو يعيرها له مادام اختلاف الأشخاص المتنفعين لا يؤثر فى العين، أما إذا كانت العين المؤجرة تتأثر بتغير الأشخاص وقد نص فى العقد على أن ينتفع بها فليس له أن ينيب عنه غيره وإلا كان معتديًا.

٢- وإن كان سببها الإعارة: فإذا اشترط قصر الانتفاع على المستعير حق له الانتفاع بنفسه فقط، وإلا جاز له أن يعيرها للغير إذا كانت العين لا تتأثر بتغير الأفراد. أما إذا كانت تتأثر كالدابة والمعطف، فليس له ذلك لأنها وأمثالها تتأثر بثقل الحمولة وبدانة الشخص ونحافته: وعلى كل فليس له أن يؤجرها للغير، لأن طريق ملكيته عقد الإعارة وهو عقد غير لازم فكيف يرتبط مع الغير بعقد إجارة وهو لازم؟.

وقال مالك إن للمستعير هذا الحق فى تأجيرها وإعارتها مادام فى مدتها، ولم يترتب على تصرفه ضرر بالعين لأن العارية عنده عقد لازم أيضًا.

٣- وإن كان سببها الوقف أو الوصية بالمنفعة: فإذا شرط له الواقف أو الموصى حق الانتفاع والاستغلال حق له وإلا فإن نص على عدم جواز الاستغلال أو لم ينص وكان العرف يمنعه فليس له إلا الانتفاع: كمن وقف دارًا لسكنى طلاب العلم ولم ينص بشىء عن استغلالهم لها فليس لأحدهم إلا حق السكنى(١).

هذا والأحناف لا يفرقون بين من له حق الانتفاع فقط، ومن له حق الانتفاع والاستغلال، كلاهما عندهم يعتبر مالكا للمنفعة أو صاحب حق انتفاع شخصى، لأن السبب موضوع للتمليك بدليل أنه يفيد الملك فى بعض الأحيان .

(١) أما إذا لم يوجد نص يمنع من الاستغلال صراحة ولا دلالة عن طريق العرف، فيرى الأحناف والمالكية أنه ليس له سوى الانتفاع بنفسه دون الاستغلال، أما الشافعى وأحمد. فعندهم أن من حقه الاستغلال ما دام لم ينص على منعه، لأن الوقف والوصية يفيدان تمليك المنفعة، والتمليك يشمل الانتفاع والاستغلال، ومحل دراسة ذلك فى الوقف والوصية .

أما المالكية: فيسمون من له حق الانتفاع والاستغلال مالكا للمنفعة، لأن الانتفاع هنا من قبيل الملك، أما من له حق الانتفاع بنفسه فقط فيسمونه صاحب حق انتفاع شخصى، لأن الانتفاع هنا من قبيل الإباحة(١) لا الملك، والمباح له ليس له سوى أن ينتفع بنفسه حسب الإذن، فمن دعاك لتركب معه سيارة فقد أباح لك هذا الحق، ولم يملكه لك، فليس لك أن تنيب عنك غيرك، ومن دعاك لطعام عنده، فليس من حقك أن تأخذ الطعام خارج الوليمة أو أن تنيب عنك غيرك. فالإباحة مجرد رخصة لاتفيد تمليكًا على ما بيناه.

وتظهر التفرقة بين حق الانتفاع وملك المنفعة أيضًا من ناحية المنشأ إذ حق الانتفاع كما يوجد بالأسباب التى يوجد بها ملك المنفعة فإنه يوجد أيضا بكون الأشياء المنتفع بها مخصصة لانتفاع الناس كافة أو لفريق منهم دون تمليكها لهم وكذا بالإباحة الخاصة.

وبالجملة فنستطيع أن نقول إن ملك المنفعة ينشأ عن عقد مملك كالإجارة والوقف والوصية بالمنافع والإعارة، أما حق الانتفاع فإنه ينشأ من هذه الأمور كما ينشأ من الإباحة العامة أو الخاصة، ويمكن التفرقة بينهما من جهة أن من ملك المنفعة حق له تمليكها للغير أما من أبيح له حق الانتفاع دون تمليك فلا يملك تمليكها للغير.

---

(١) الإباحة: أن يأذن شخص لآخر بأن ينتفع بماله أو يتملكه لا على وجه التعاقد فيثبت له الحق فى المباح ما دام الإذن قائمًا، وقد يكون هذا الإذن من مالك المنفعة أو من من مالك العين أو من الشارع، والإذن يعتبر قائما حتى يعلم المباح له بانتهائه كما يرى الأحناف، وهو إحدى روايتين عن الشافعى، والمباح له ليس له سوى الانتفاع بنفسه فقط، وهذا ما يسميه المالكية بحق الانتفاع الشخصى. وعلى كل فإذا كانت الإباحة تتعلق بمنفعة فإن المباح له قد تملكها بالانتفاع بها لأنها تكون قد استهلكت، وإذا كانت الإباحة تتعلق بعين من الأعيان كمن ينثر نقودًا فى الأفراح وكدعوة الصديق إلى الطعام؛ فالأحناف يرون أنه على ملك صاحبه حتى يدخل فى يد المباح له فيمتلك بالإحراز، وذهب آخرون إلى أن المباح له لا يمتلك المال بتناوله وإنما يبقى على ملك صاحبه حتى يستهلكه المباح له وهو على ملك صاحبه بإذن منه.

ويلاحظ أن لكلمة مباح إطلاقين الأولى ما لم يدخل فى ملك أحد ويمكن تملكه شرعا وهو أكثر الأموال غير المتقومة، ويطلق على الأشياء المملوكة فعلا ملكًا خاصا ورخص صاحبها لآخر استعمالها أو استهلاكها. راجع لنا بحث الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن.

الرقبة فى يد المنتفع:

على صاحب الرقبة أن يمكن المتفع من استيفاء حقه كاملا حسب المعتاد وإلا فإذا كان هناك فى سبب التمليك أو الإباحة شرط يبين طريق الاستعمال والانتفاع، وجب أن يتبع، لأن ملكية المنفعة تقبل التقييد عند إنشائها بالزمان والمكان والصفة، والعين تكون أمانة فى يد المتنفع يحافظ عليها فإذا هلكت أو حدث بها عيب ينقص من قيمتها بغير اعتداء منه فلا ضمان عليه لأن يده يد أمين، والأمين لا يضمن، سواء تعيبت العين أو هلكت قبل انتهاء مدة انتفاعه بها أو بعد انتهاء مدة الانتفاع وقبل التمكن من ردها .

أما إذا حدث الهلاك أو التعيب بعد انتهاء مدة انتفاعه، وتمكنه من الرد وقد احتبسها فى يده بغير حق، أو حدث الهلاك والتعيب باعتداء منه أو إهمال أو أنه تجاوز حد الانتفاع المشروط أو المعروف كان ضامنًا لها[1] .

فإذا هلكت العين أو تعذر الانتفاع بها، بأن كانت دابة فماتت، أو أرضًا فسبخت، أو دارًا فهدمت، وكان ذلك قبل انتهاء مدة الانتفاع، فإن كان ذلك بلا تعد أو تقصير فإن حقه فى الانتفاع ينتهى، إذ لا يتصور بقاء الملك فى المنفعة بعد هلاك محله، وسواء فى ذلك ما إذا كان سبب ملك المنفعة وصية أو وقفًا أو إعارة أو إجارة ما دامت المنفعة لم تكن دينًا فى الذمة، إلا أنه يسترد باقى الأجرة إن كان السبب عقد إجارة، أما إذا كانت المنفعة قد ثبتت للمنتفع بعقد إجارة، وكانت دينًا فى الذمة، أى أن العين الواقع عليها العقد غير معينة، فإن المنفعة تبقى واجبة للمستأجر رغم هلاك العين ويلتزم المؤجر بتمكينه من ذلك [2] .

---

(١) ولا يعتبر محتبسًا لها بغير حق إذا كانت أرضًا زراعية ولم يسلم الأرض لصاحبها بعد انتهاء مدة الإجارة أو الإعارة أو الوصية بسبب انتظاره نضوج الثمر أو الحصاد، لأنه يلتزم أجر المثل عن هذه الفترة الزائدة عن مدته، فإذا هلكت العين أو تعيبت فى هذه الحالة لا لشىء مما سبق فلا ضمان عليه، إذ لا يجتمع أجر وضمان ولم يكن معتديًا فى احتباسها.

(٢) راجع ابن عابدين جـ٥ ص ٥٨ والبدائع جـ٤ ص ٢٢٣. وذلك مثل الذى يحدث أمامنا فى الحياة العملية حين تركب سيارة عامة من سيارات المؤسسة العامة للنقل فإنك بدفعك الأجر =

أما إن كان التلف نتيجة تعد أو تقصير، فإن كان سبب ملك المنفعة وقفا أو وصية لزم شراء عين أخرى بالضمان المستحق واستيفاء المنفعة، أما إذا كان السبب إعارة أو إجارة عين بذاتها فإن حق الانتفاع ينتهى بهلاكها.

الحكم لو مات مالك المنفعة أو مالك الرقبة: لو مات مالك المنفعة قبل انتهاء المدة انتهى الحق عند الأحناف ولا يورث عنه، غير أنه إذا كان بالعين ثمر لم ينضج أو حق تعلق بالورثة، كان لهم استحسانًا لا قياسًا احتباس العين بنفس الأجر إن كان سبب الانتفاع عقد إجارة، أو بأجر المثل إن كان غير ذلك، لكن جمهور الفقهاء قالوا إن كان السبب وصية، فإن لورثته أن ينتفعوا بالمدة الباقية لمورثهم. إلا إذا نص فى عقد الوصية على خلاف ذلك، وإن كان سببها الوقف فإن الحق ينتقل حسب رغبة الواقف فى إشهاد وقفه، وإن كان سببها الإجارة فالمنفعة تنتقل إلى الورثة لأنها تعتبر مالا وتورث.

أما إذا كان سببها الإعارة، فالشافعى وأحمد مع الأحناف فى أنها لا تنتقل إلى الورثة لأن العارية تفيد إباحة الانتفاع فقط دون تملكه عندهم. وأما عند مالك فالمنفعة تنتقل إلى الورثة ما دام عقد العارية مقيدًا بمدة وذلك لأن العارية عنده عقد لازم فوق كون المنافع أموالا.

أما إذا مات مالك الرقبة، فإذا كان سبب المنفعة إجارة أو إعارة، انفسخ العقد عند الأحناف، وتابعهم بعض الفقهاء. لأن الأحناف كما قلنا لا يعتبرون المنافع أموالا لها قيمة ذاتية وإنما قوّمها - فى عقد الإيجار- العقد نفسه. والعقد إرادة شخصية للعاقد تنتهى بانتهاء حياته، ولذا فإن حق الانتفاع ينتهى وتعود المنفعة إلى ورثة المالك مع رقبة الملك فيتملكونه ملكية تامة. إلا إذا كان

= واستلام التذكرة تكون قد تعاقدت مع مندوب المؤسسة على أن يوصلك إلى جهة كذا، «المنفعة» وقد تملكت أنت هذا الحق كما تملكت المؤسسة الأجر، فإن تعطلت السيارة فى الطريق وتلفت، فإن حقك فى الانتفاع قائم وتلزم المؤسسة بإحضار سيارة أخرى لتوصيلك إلى الجهة المتعاقد عليها، إذ العقد هنا لم يكن على سيارة معينة وإنما كان لتوصيلك إلى جهة معينة.

بالعين ثمر لم ينضج أو منفعة لم تتم فتبقى العين في يد المنتفع على الوجه السابق ذكره، وإن كان سببها الوقف، فيبقى حق الموقوف عليه قائمًا لأنه ينتقل حسب شرط الواقف، ولا يمكن أن يكون هنا سببها الوصية لأنها لا تبدأ إلا بعد موت الموصى.

خواص ملك المنفعة الشخصية:

١- ملك المنفعة الشخصي يتقيد بالزمان والمكان والوصف حسب المشروط أو المتعارف عليه أيًا كان السبب.

٢- لا تورث عند الأحناف. لأنها منافع بخلاف حق الانتفاع العيني فإنه يورث حتى عند الأحناف .

٣- تثبت دينًا في الذمة إن كان سببها الإجارة على استيفاء منفعة من شيء غير معين.

٤- يثبت على العقار والمنقول. فكما تملك حق الانتفاع بزراعة الأرض تملك حق الانتفاع بركوب السيارة وقراءة الكتاب.

٥- هذا الحق يمكن لصاحب الرقبة إبطاله حتى قبل مضي المدة، إذا كان سببه الإعارة خلافًا للإمام مالك.

٦- هو حق مؤقت ينتهي بموت أحد المتعاقدين أو هلاك العين نفسها على التفصيل السابق ذكره.

حق وقف الأموال:

الوقف في اللغة الحبس والمنع، وهو في الاصطلاح الفقهي حبس عين المال عن التملك والتصدق بمنفعته. فالوقف ينشيء حقًّا عينيًّا في احتباسه لمصلحة الجهة الموقوف عليها، ويثبت فيه حق التتبع يمارسه متولي الوقف (الناظر) باسم الجهة الموقوف عليها والمستحقة للريع، ومن حقه أن يتتبع[1] أعيان الوقف حيثما وجدت ويدعي باسترداد المال الموقوف من يد غاصبه لجهة الوقف.

---

(١) حق التتبع هو الحق في اقتفاء عين معينة بذاتها حيثما وجدت للاستيلاء عليها أو استيفاء المنفعة منها، ويقتضي حق التتبع أن توجه الدعوى إلى من في يده العين فلو غصب إنسان شيئا ثم باعه أو غصب منه فإن صاحبه يطالب من في يده العين بردها إليه؛ ولا يطالب الغاصب الأول .وقد وضع الفقهاء قاعدة تفيد ذلك هي « أن دعوى العين لاتقام إلا على ذي يد ».

حق الحكر : الحكر نوع من أنواع استغلال الأراضي الموقوفة ويكون بتأجيرها لغرض معين كالبناء والغراس فيها دون تقيد بمدة معينة فى مقابل التزامه بدفع أجرة المثل وهى تزيد أو تنقص حسب تغير الأسعار والأحوال.

فحق الحكر هو حق تملك البقاء والقرار فى الأرض المحتكرة له مادام ملتزما بدفع أجرة المثل، وهو عقد غير صحيح فى نظر الفقه الإسلامى لأنه عبارة عن إجارة لمدة مجهولة وإنما أجازوه استثناء للضرورة[١]. وهو إما أن يكون بعقد صريح يجريه ناظر الوقف فى الأراضى الموقوفة بإذن من المحكمة كأن تتخرب الأعيان ولا تمتلك جهة الوقف ما تعمره به، ولم يمكن استبداله، ولا تأجيره لمدة طويلة وتعجيل أجره، كما يكون لمصلحته بإذن ضمنى كأن يؤجر ناظر الوقف قطعة أرض من الوقف ويأذن للمستأجر بالبناء والغراس، وعند انقضاء المدة يرغب المستأجر بقاء الأرض تحت يده بأجر المثل.

وقد كان التحكير يقع على الأراضى غير الموقوفة أيضًا فجاء القانون المدنى الجديد ونصت المادة (١٠١٢) على أنه « لا يجوز ترتيب حق الحكر إلا على الأراضى الموقوفة» كما أن المادة (١٠٠٠) حدت منه وقصرته على حالات الضرورة أو المصلحة وبإذن من المحكمة، وعقده يتم على يد رئيسها وفضلا عن ذلك فقد تضمنت المادة (٩٩٩) أن مدة الحكر إذا لم ينص عليها تكون ستين سنة وإذا نص على أكثر من ذلك نقصت إلى ستين، كما نصت المادة (١٠٠٨) على انتهاء هذا الحق بمجرد زوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة، ثم جاء القانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بإلغاء الأوقاف الأهلية وصيرورتها حرة فنصت المادة السابعة على أنه يعتبر منتهيًا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتبًا على

(١) والحكر أقدم ما عرف من الحقوق العينية، ففى رد المحتار جـ ٣ ص ٣٩٠ نجد الحصكفى ينقل عن البحر إسناد الكلام فى الحكر إلى الخصاف المتوفى سنة ٢٦١ هـ.

أرض أنهى وقفها لأحكام هذا القانون، كـما صدر القانون ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ بشأن إنهاء حق الحكر على الأعيان الموقوفة [١].

وواضح أن حق الحكر حق مباشـر على الأرض المحكرة، أى أنه حق عينى أصلى، وجرى علـى هذا القضاء كُـما جاءت المـواد المتعلقة به فى الـقانون المدنى الجديد على هذا الأساس .

وما دام هو كـذلك فإنه يجـوز للمحتكر أن يتـصرف فيـه بطريق مبـاشر بأن يتنازل عنه إلى مـحتكر آخـر، أو بطريق غيـر مباشر بأن يبـيع ما أحـدثه من بناء وغراس مـقترنًا بحـق الحكر (م ١٠٠١ ، ١٠٠٢) كما أنه ينتـقل إلى الورثة عند الأحناف إذا كان أساسه عقدًا صـريحًا بإذن القاضى سواء تم البناء أم لا، حتى إذا هدم لهم تجديده أما إذا كان أساسه الإذن الضمنى فإنه وإن كان يورث إلا أنه ينتهى بتخريب البناء والغراس ولا يصح لهم تجديده انظر المواد (١٠٠١ ، ١٠٠٨).

ومن ناحـية أخـرى فإن هذا الحق يصح للدائـنين التنفيـذ عليه. وهو بهـذه الخواص يفـترق عن حق الانتـفاع الشـخصى كـما هو واضح بمقـارنة خواص كل منهما.

حق الانتفاع العينى [أو حق الارتفاق] :

حق الانتفاع العينى حق متعلق بالأعـيان لا بالأشخاص ويسمى حق ارتفاق. وهو حق ثابت لعقار على عقار آخر مالكه غيـر مالك العقار الأول فيرفع من قيمة العقار الذى له حق الارتفاق، ويخـفض من قيمة الآخر [٢]، أو هو ما تقـرر على

(١) راجع لنا الوقوف من الناحية الفقهية والتطبيقية ص ١٣٤ مطبوع سنة ١٩٥٧ .

(٢) كما يقول قدرى باشا فى مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ١١ المادة ٣٧ .

عين، فلزمها دون نظر إلى مالكها وإلى الشخص المنتفع [١] والقانون فى المادة ١٠١٥ يعرفه بأنه «حق يحد من منفعة لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر .... إلخ»[٢].

وحق الارتفاق يثبت فى الأملاك الخاصة والمشتركة بين الأفراد بسبب أن يكون أحد هذه الحقوق قد اشترط ضمن عقد معاوضة[٣] كأن يبيع شخص أو شركة لفرد قطعة أرض بشرط أن يكون للأرض التى تليها حق المرور عليها، فإذا تم عقد معاوضة على شيء من ذلك بشرط أن يجيزه كما يرى الأحناف، تم العقد وكان الشرط نافذًا والحق قائمًا، أو بسبب ثبوت هذا الحق من زمن بعيد مع عدم معرفة السبب حملا لحال الناس على الصلاح الذى هو الأصل فيهم استصحابًا لهذا الأصل [٤].

---

(١) يقسم القانون الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وهى الحقوق المستقلة القائمة بذاتها كحق الانتفاع وحق الارتفاق، وحق الملكية التى هى أوسع الحقوق العينية نطاقًا، فهى تتكون من عناصر الحق العينى الثلاثة: حق الاستعمال، وحق الاستغلال وحق التصرف.

وإلى حقوق عينية تبعية وهى التى تتقرر لضمان حق شخصى وقد حصرها القانون فى حق الرهن الحيازى، وحق الرهن الرسمى، وحق الاختصاص، وحق الامتياز.

والحق العينى التبعى لا يخول للدائن حق استعمال الشيء الذى يرد عليه أو حق استغلاله أو حق التصرف فيه، وإنما حق التنفيذ عليه فى يد أى شخص كان، وهذا هو حق التتبع راجع للدكتور سامى مذكور : نظرية الحق .

(٢) وقد تناول القانون حقوق الارتفاق فى المواد ١٠١٥ إلى ١٠٢٩، هذا وفى القانون الرومانى يعرف حق الارتفاق بأنه حق عينى مقرر على مال مملوك للغير لمنفعة شخص معين أو لمنفعة عقار معين وهى عينية أى التكاليف المقررة على عقار لمنفعة عقار آخر؛ وحقوق ارتفاق شخصية كحق الانتفاع والسكنى والاستعمال وحق استغلال العبد والدواب. ويبدو من هذا التعريف أن فكرة حقوق الارتفاق فى القانون الرومانى أوسع منها فى القانون المدنى المصرى. راجع مبادئ القانون الرومانى للأستاذين الدكتور محمد عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٤٤٠ .

(٣) راجع المبسوط للسرخسى جـ ١٥ ص ٥٦ ، ٥٧ .

(٤) فلو كانت أرض زراعية تروى عن طريق أرض أخرى، أو دار شرع بابها على طريق خاص بآخرين، أو دار لها ميزاب يصرف ماء المطر على سطح دار جاره أو على فناء داره الخارجى، وكان ذلك كله من قديم الزمن مع جهل سببه فإن الحق يثبت لصاحب الأرض أو الدار أو الميزاب، وقد قلنا إن الناس لا يصنعون إلا ما هو مشروع حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

كما يثبت هذا الحق بسبب أرض موات(١) فإنه إذا جاء شخص واستولى على قطعة أرض وسط الأرض الفضاء التى لم تدخل فى ملك أحد ولم يتعلق بها حق أحد وأحياها ووصل إليها الماء بشق مجرى تخترق هذه الأرض الموات، أو اتخذ له طريقًا ليصل إلى الأرض التى أحياها، ثم جاء آخر فاصلح باقى الأرض وأحياها، فإن حق الأول فى المجرى وفى الطريق ثابت لا يملك الآخر أن يبطله.

وكذا فالجوار نفسه يثبت حقًا لكل من الجارين على الآخر من المحافظة على بنائه، وعدم إحداث ما يوهنه أو يزعج سكانه (٢). والمادة ٨٠٧ من القانون تنص: « على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار» وقد نظمت الدولة بقوانينها ولائحتها الفكرة التى قال بها المالكية من ضرورة استئذان ولى الأمر فى التصرفات غير العادية والتى قد يتأذى منها الجار .

وهذه الحقوق تثبت على المرافق العامة أيضًا كالأنهار العامة، والمصارف العامة، والطرق العامة، ويثبت الحق هنا بسبب الشركة العامة بين أفراد الدولة فى هذه المرافق فهى قد أنشئت للصالح العام، وتصان بأموال بيت المال غير أنه فى الأموال العامة لا يحتاج فى الانتفاع بحق الارتفاق إلى استئذان أحد ما دام استعماله لهذا الحق لا يتعارض مع ما أنشىء من أجله هذا المرفق ولا يضر به لأنه شركة عامة بين الناس، أما حق الارتفاق على الأموال الخاصة فإنها تحتاج إلى إذن من المالك.

وقد أضاف المالكية إلى هذه الأسباب: شراء هذا الحق منفردًا لأنه حق مالى يمكن تقومه عندهم، ووافقهم على ذلك الشافعية .

كما أضاف المالكية أيضًا أن يلتزم صاحب العين متبرعًا لآخر بعقد إعارة. إذ التبرعات ملزمة عندهم خلافًا لغيرهم، ومرجع هذا ما سبق بيانه.

---

(١) هى التى لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد وتكون بعيدة عن العمران كما يرى البعض .

(٢) وهذا ما ذهب إليه المالكية ومتأخرو الأحناف، خلافًا لغيرهم الذين لم يروا هذا الحق ملزمًا إلا ديانة فقط لا قضاء،

أنواع حقوق الارتفاق وهل يصح إنشاء غيرها:

الحقوق التى تكلم عنها الفقهاء والتى وجدت من قبل هى حق الشرب[١] والمجرى[٢] والمسيل[٣] والمرور [٤] والتعلى[٥] والجوار فقط، فلم يتعارف قديما على غيرها، ولم يرد فى كتب الفقهاء ما يدل على إحداث مرافق سواها، ولكن إذا وجدت بعض الحقوق الأخرى مع تجدد الزمن وأراد المتعاقدان إدخالها ضمن عقود معاوضاتهم وكان العرف يجيز ذلك، فهل يجوز، أم حقوق الارتفاق انحصرت فى الأنواع المذكورة؟

أما الأحناف فقد حددوا حقوق الارتفاق بما ذكر فقط، وقالوا إنه لا يجوز إيجاد حقوق غيرها، ومنعوا إنشاء شىء آخر من الحقوق غير هذه، لا بعقد معاوضة ولا على وجه التبرع، لأن المنافع والحقوق ليست بأموال عندهم - فلا يصح أن تكون محلا للمعاوضة استقلالا، أما إذا دخل هذا الحق فى العقد تبرعًا، فإن مثل هذا التبرع يعتبر إعارة، وهى لا تفيد التزامًا فيصح له أن يرجع فى إعارته، مع أن حقوق الارتفاق ثابتة دائمة لا يملك معطيها الرجوع فيها .

---

(١) الشرب هو النصيب من الماء اللازم للسقى والإنبات. وقسم الفقهاء المياه بالنسبة إلى هذا الحق إلى ثلاثة أقسام : مياه عامة لكل فرد حق الانتفاع بها كمياه الأنهار والترع، ومياه خاصة محرزة فى الأوانى والأنابيب وهذه ليس لأحد حق فيها؛ ومياه مباحة إباحة خاصة كمياه الآبار والمجارى الخاصة وتسمى بالشرب الخاص وللناس حق السقى منه دون الإنبات - راجع تفصيله فى كتابنا الفقه الإسلامى.

(٢) حق المجرى هو حق يثبت لجلب الماء الصالح لاستيفاء حق الشرب وهى غالبا تكون ملكا لصاحب الأرض التى تمر بها - راجع تفصيله فى كتابنا الفقه الإسلامى .

(٣) حق المسيل هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو بعد استعماله لتصريفه فى المصرف العام سواء أكان ظاهرًا أم فى باطن الأرض بواسطة أنابيب، وسواء أكان متخلفا عن أرض زراعية أو دار أو مصنع .- راجع تفصيله فى كتابنا الفقه الإسلامى .

(٤) حق المرور هو أن يكون للإنسان حق المرور فى الطريق إلى ملكه ومقصده. والطريق إما عام تملكه الدولة وفيه يثبت حق الناس جميعًا وإما أن يكون خاصًا وهو ما كان لفرد أو أكثر حق المرور فيه. راجع تفصيله فى كتابنا الفقه الإسلامى .

(٥) حق التعلى هو أن يكون لإنسان الحق فى أن يعلو بناؤه بناء غيره على وجه الاستقرار والدوام بقى أو تهدم كل منها - راجع تفصيل أحكامه ففى كتابنا الفقه الإسلامى .

وأما المالكية : فقالوا إن المالك حر فيما ينشىء على عقاره من حقوق لعقار غيره، وأن الحقوق لم تكن محصورة فيما سبق ذكره، فإذا كان لشخص قطعة أرض معدة للبناء بجوار داره فباعها واشترط على المشترى أن يبنى بارتفاع معين، أو يترك من ناحية مسافة محددة، وقبل المشترى، تم العقد وكان الشرط صحيحًا نافذًا. وسواء أكان هذا الشرط فى مقابلة مال إن كان عقد معاوضة أم لا يقابله شىء بأن كان الملتزم متبرعًا، فهو سواء فيهما، والشرط صحيح ونافذ وينشىء حقًا للآخر. أما إذا كان تبرعًا، فهم يرون أن المتبرع يلتزم بتبرعه، سواء أكان الحق مؤبدًا أم مؤقتا، وإذا كان معاوضة فصحيح لأنه حق متقوم بمال عندهم.

وهذا هو مذهب أحمد بن حنبل أيضًا، الذى الأصل عنده الإباحة فى العقود وفى إنشاء أى شرط يرغب فيه المتعاقدان، مادام هذا الشرط لم يصطدم من الشارع بما يجعله محظوراً.

والقانون المدنى المصرى فى مادتيه ١٠١٧، ١٠١٨ اتجه هذا الاتجاه، وما ذهب إليه مالك فيه خير ورحمة وتوسعة على الناس، وإليك الشركات التى تنشىء شروطًا فى عقودها عند تقسيم أراضيها لبيعها للبناء أو للزراعة فإنها دون شك تكون سببًا فى المحافظة على النظافة والرونق، والاتساق.

خواص حق الارتفاق:

لا يكون إلا على عقار، ولا يبطل بإبطال صاحب الرقبة التى عليها الحق، ولا يمنع صاحب العين التى عليها الحق من الانتفاع بملكه . كما أنه حق دائم، لا ينتهى ولا يزول إلا للصالح العام، فلا يجوز تأقيته عند الأحناف وإن جاز تقييده بالصفة والمكان اتفاقًا، وهو حق يرفع من قيمة العقار صاحب حق الارتفاق، ويخفض من قيمة العقار الآخر الذى عليه الحق، وهو يتبع العقار دائمًا ينتقل معه من يد إلى يد، سواء أكانت يد مشترٍ أم موصى له أم مستأجر إلى غير ذلك. فهو لهذا يورث حتى عند الأحناف لتعلقه بالعقار دون الأشخاص. بقى أن نعرض الحقوق التبعية بكل إيجاز.

حق الرهن :

هو[١] حبس مال نظير حق مالى فى ذمة صاحب الشىء المرهون للغير حتى يتمكن صاحب الحق من استيفاء حقه، وهو يقابل فى الفقه الغربى رهن الحيازة.

ويسمى المال المحبوس رهنًا ومرهونًا، وصاحبه راهنًا، وصاحب الحق أو الدين مرتهنًا، والعقد الذى بينهما يسمى عقد رهن، والأصل فى المرهون أن يكون فى يد المرتهن.

وحق الرهن حق عينى لأنه يتعلق بالعين المرهونة من ناحية ماليتها لا من ناحية ذاتها، كما أنه حق تبعى لأنه ضمان للدين فهو تابع له.

ومصدر هذا الحق إنما هو عقد الرهن نفسه، وهو لا يتم على الصحيح إلا بإيجاب وقبول إذ فيه معنى المعاوضة حيث يصير المرتهن مستوفيًا لدينه عند هلاك الرهن فى يده، وقيل إنه يتم بالإيجاب من الراهن فقط لأنه عقد تبرع.

وعلى كل فهو لا يلزم إلا بالقبض عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى : **﴿فرهان مقبوضة﴾**، والرهن على وجه العموم يمنع التنفيذ الفورى لتصرف الراهن فى العين المرهونة إذ للمرتهن امتياز فى استيفاء دينه منها أو بالتعبير الشرعى له حق الأولية عند تزاحم الحقوق على الاستيفاء من مال معين[٢] ويمكن مراجعة حكمه ودليل مشروعيته وشروطه وما إلى ذلك فى كتب الفقه [٣].

---

(١) يطلق الرهن فى اللغة على حبس الشىء لأى سبب، ومنه قوله تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة﴾ أى محبوسة .

(٢) ومن هذا ما لو مات البائع مفلسًا قبل تسليم المبيع المعين فالمشترى أولى به من سائر الغرماء، أما إذا كان قد سلم المبيع للمشترى فإن له الأولوية أيضًا عند الشافعى إذ الحق يبقى عينيًا. وأساس هذا عنده أن من حق البائع فسخ العقد - لكن الأحناف يعتبرونه بالتسليم حقًا شخصيًا فلا امتياز لدينه .

(٣) وراجع محاضراتنا فى المال والالتزام فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٣ بجامعة الإسكندرية ص ٣٥٦ - ٣٦٣ .

حق حبس العين لاستيفاء المستحق عليها:

حق الاحتباس حق عينى. ويكون لمن يثبت له هذا الحق أولوية فى استيفاء حقه من العين المحتبسة، وحق الاحتباس يكون فى حالات عديدة. فالأصل فى المبيع أن يكون متعينًا ممكنًا تسليمه عند التعاقد، وأنه يلزم المشترى أن يدفع الثمن أولا مادام نقدًا حالا. فعلى هذا يحق للبائع أن يحبس المبيع ويمتنع عن تسليمه للمشترى حتى يستوفى منه جميع الثمن إن كان حالا أو يستوفى الحال منه إذا كان منجمًا؛لأن حقه على المبيع نفسه قائم ولم يسقط، فإن أجل الثمن أو سلم المبيع قبل قبض الثمن الحال لم يكن له حق حبسه ويكون متعديًا إذا حبسه(١).

ومن هذا أيضًا حق المؤجر فى حبس العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفى أجره ما داما قد اتفقا على تعجيله، ولا يعتبر متعديًا بهذا لأنه حقه بالشرط، بل ومن حقه أن ينفرد بفسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط (٢) المتفق عليه.

ومنه حق الوديع فى حبس العين المودعة (٣) لاسترداد ما أنفق فى حفظها بإذن من القاضى إذا غاب المودع غيبة طويلة، وكانت العين المودعة تحتاج إلى نفقات لصيانتها، وعرض الأمر على القاضى فأذنه بالإنفاق . وإلا فإذا أنفق دون إذن كان متبرعًا(٤) ولا يحق له حبس العين لذلك.

ومنه أيضًا حق الوكيل فى حبس المال الذى اشتراه لموكله بثمن حال بناء على طلبه حتى يستوفى الثمن منه، ولو لم يكن قد دفعه للبائع كما يرى الأحناف لأن حق العقد عائد عليه، فإذا هلكت العين فى يده مع هذا هلكت عليه بثمنها

---

(١) ، (٢) راجع لنا المرجع السابق ص ٣٢٦ - ٣٢٧ ، ٣٤٦ .

(٣) الوديعة هى ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف فى الحفظ مع بقائها على حكم ملك المالك . راجع لنا المصدر السابق ص ٣٥٣ .

(٤) راجع لنا المرجع السابق.

ولا شيء على الموكل، ولا ضمان على الوكيل. أما إذا حبسها بغير حق كان متعديًا فإذا هلكت ضمن قيمتها(١).

ومنه حق الملتقط فى حبس اللقطة حتى يستوفى ما أنفقه عليها بإذن القاضى وهكذا بالنسبة لمختلف الصور التى يحق فيها حبس العين لاستيفاء المستحق عليها، ولا يكون الشخص متعديًا بالحبس .

ومصدر هذه الحقوق التبعية هو العقد فى الصور المتقدمة كلها عدا الصورة الأخيرة فإن المصدر فيها هو الشرع نفسه .

متعلق الحقوق فى الفقه الإسلامى: الحقوق من حيث تعلقها تتنوع كالآتى(٢):

١- حق يتعلق بذات العين وهذا هو الحق العينى الأصلى .

٢- حق يتعلق بها من ناحية المطالبة بالالتزام وهو الحق الشخصى.

٣- حق يتعلق بالمطالبة بالعين فقط وهو الحق العينى التبعى، حق الرهن وحق حبس العين.

٤- حق يتعلق بمالية المدين كما يتعلق فى الوقت نفسه بذمته وهو حق الدائن على أموال المدين الميت أو المريض مرض الموت .

٥- حق يتعلق بالذمة فقط، وهو الدين الذى يتعلق بذمة المدين فى صحته ولم يكن محجوراً عليه .

وأخيراً فنستطيع أن نتبين من الكلام عن الحق العينى، والشخصى أن لصاحب الحق التتبع، وأن لمن له حق عينى تبعى حق الأولوية، وأن الحقوق العينية تسقط بالإرادة المنفردة فيما يصح إسقاطه، أما الشخصى فإنه يتوقف على عدم الرد إذ قد لا يقبل الملتزم من صاحب الحق هذه المنة،كما أن الحقوق العينية تسقط بهلاك محلها.

---

(١) راجع لنا الفقة الإسلامى عند الكلام فى الركاز عن حقوق العقد.

(٢) راجع هذا المعنى فى مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور السنهورى جـ١ ص ٣٤ - ٣٥ .

نظرية العقد

الفصل الأول

التعريف بالعقد وشروط تكوينه

تمهيد تاريخى :

يرى الباحثون أن الإنسان فى عصوره الأولى لما عرف حيازة الأشياء المباحة وتملكها والانفراد بها، حدث أن احتاج الإنسان إلى ما فى يد غيره والتطلع إليه، وكان سبيل الوصول إلى هذا أولا المشاحنة والقتل الذى يستلزم الأخذ بالثأر. ثم ارتقى من ذلك إلى الاهتداء إلى التبادل الفورى للأعيان أو المنافع، ولما عرف الإنسان نظام الأخذ بالدية للحد من الثأر والتخفيف من ارتكاب القتل، وكان يحدث أحيانًا أن يكون من وجبت عليه الدية غير مستعد فى الحال لتقديمها، فإنه عرف نظام الالتزام بها والتعهد بالوفاء بها بعد حين(١).

وكانت الأديان السماوية أكبر موجه إلى هذا النظام وأعظم دافع إلى احترامه والالتزام (٢) به؛ ففى القرآن يقول الله تعالى ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ ويقول ﴿ **وأوفوا بالعهد**﴾ .

---

(١) وهناك من يرى أن أصل هذه الفكرة هو لما عرف الإنسان نظام التحكيم، راجع نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى.

(٢) وقد روى القرآن ما يفيد أن الله تعالى لما خلق آدم وأسكنه الجنه ألزمه بعدم الاقتراب من شجرة معينة، ولما وسوس إليه الشيطان بالإخلال بهذا الالتزام أخرجه من الجنة ﴿ وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة . . . ولا تقربا هذه الشجرة . . . فأزلهما الشيطان عنها . . . فأخرجهما مما كانا فيه . . .﴾ وفيه أنه يقول لبنى إسرائيل ﴿ أوفوا بعهدى أوف بعهدكم ﴾ وفى سورة يوسف ﴿ وشروهُ بثمن بخس . . . ﴾ إلى غير ذلك من الآيات التى تفيد الالتزام والتعاقد.

تعريف العقد:

العقد[١] لم يرد فى كتب الفقه على كثرة ما استوعبناه - كموضوع مستقل بالبحث - ولم يذكر فيها إلا عند الكلام عن عقد من العقود. إلا أنه يمكن من كتاباتهم استنتاج آرائهم فى العقد ونظرتهم العامة إليه. فجمهور الفقهاء والأحناف منهم خاصة يطلقونه بمعنيين : الأول هو تعلق كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر شرعا على وجه يظهر أثره فى المحل[٢]، الثانى العقد هو ما يتم به الارتباط بين

---

(١) هو فى لغة العرب يطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشىء يقال عقد الحبل فانعقد؛ كما يطلق على كل ما يفيد التزامًا، وإن كان الأصل فيه الربط الحسى بين أطراف الشىء، إلا أن العرب قد استعملوه للربط المعنوى للكلام سواء أكان توثيقًا وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة كان يقول عقدت النية والعزم على فعل كذا إذ فيه ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به، أم كان ربطًا بين كلامين لشخصين فيقال عقد البيع والزواج والإجارة، ويقال عقدت اليمين، فالعقد عند علماء اللغة يشمل كل ما فيه معنى الربط أو التوثيق والالتزام من جانب واحد أو من جانبين. راجع القاموس باب الدال فصل العين جـ١ ص ٣١٥، ٣١٦، المصباح ص ٥٧٥ «عقدت الحبل عقدًا ، والعقدة ما يملكه ويوثقه» ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقدة النكاح إحكامه وإبرامه. والعقد القلادة واعتقد كذا عقد عليه القلب والضمير حتى قيل العقيدة ما يدين الإنسان به.

(٢) العناية على هامش الفتح جـ٥ ص ٨٤ وفى تعريف الفقهاء ما يدل على اتجاههم إلى اعتبار العبارة الظاهرة فى وجود العقد دون الاقتصار على الإرادة وحدها. أما القانون فإنه لا يبعد عن المعنى الفقهى فى تعريف العقد من ناحية أنه يتوقف على اجتماع إرادتين إذ يقول فقهاء القانون: هو اتفاق شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر على التعهد بتسجيل منفعة شرعية للمتعهد له، أو هو توافق إرادتين على إنشاء التزام كالبيع والإجارة، أو نقله كالحمولة، أو تعديله كتأجيل الدين، أو إنهائه كإبراء المدين من الدين، وكفسخ عقد الإجارة قبل موعده. أو كما يقول بعضهم «توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالى» راجع شرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول ص ١٢٧، والوسيط للدكتور السنهورى ص ١٣٧ ، والنظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد الحى حجازى جـ١ ص ١٩ وما بعدها.

ومع موافقة القانون للفقه فى هذا إلا أننا نجد القانونيين يتجهون فى تعريفهم إلى ما يفيد أن الأساس الذى ينبنى عليه العقد هو إرادة المتعاقدين دون عبارتهما. يفهم هذا من قولهم «توافق إرادتين» بينما الفقهاء المسلمون يتجهون إلى اعتبار العبارة المظهرة للإرادة أيضًا، وهو ما يجنح إليه قانوننا المدنى الجديد فى المادة (٨٩) حيث تنص على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين .... إلخ، وسنبين ذلك فى مبحث خاص.

إرادتين من كلام وغيره ويترتب عليه التزام بين طرفيه. فالعقد عندهم بهذين المعنيين لا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد، أو بمعني آخر ما يتوقف الالتزام فيه على اجتماع إرادتين.

غير أن بعض فقهاء المذاهب الأخري والفقيه الحنفي «الجصاص»[1] ينظرون إلي العقد بمعني أعم من نظرة الآخرين، فيشمل عندهم ما كان الالتزام فيه من جانبين كالبيع والإجارة والزواج، وما كان لابد لانعقاده من تلاقي إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول كالوكالة والوصية علي أفراد، كما يشمل مايتم الالتزام فيه بإرادة واحدة من غير توقف علي شيء آخر كالطلاق[2] المجرد والعزل من التوكيل والعتق. وبذا يكون هؤلاء أقرب بكثير إلي المعني اللغوي من الآخرين.

ومن تعريف جمهور الفقهاء للعقد يبين أنه إرادة محضة فهو يتوقف علي الرضا، وأنه لابد من اجتماع إرادتين ليتكون العقد، وعلي هذا فالإرادة المنفردة لايوجد معها عقد وإنما هي إخراجات أو إيقاعات أو إيجابات[3]، وإن كان عامة الفقهاء مع هذا يطلقون كلمة عقد علي مايتم بالإرادة المنفردة أيضاً.

---

(١) يقول الجصاص «العقد ما يعقده العاقد علي أمر يفعله هو، أو يعقد علي غيره فعله علي وجه إلزامه إياه فيسمي البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد قد الزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين علي المستقبل عقداً لان الحالف الزم نفسه الوفاء بالعمل أو الترك. وكذا كل ماشرطه الإنسان علي نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد» ويقول في تفسيره لقول الله تعالي: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ العقد هو التزام علي الأحكام - راجع آيات الأحكام جـ ٢ ص ٢٩٤، وكتاب العقود لشيخ الإسلام الفيلسوف ابن تيمية، وتفسير الفخر الرازي جـ ١١ ص ١٢٣، أول سورة المائدة، وجاء في مذكرة الالتزامات في الشرع الإسلامي للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم «وأري أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالإرادة المنفردة وحدها عقداً، علي أن العقد المكون من إرادتين متوافقتين متقابلتين هو في الحقيقة عقد مؤلف من عقدين أحدهما من ناحية الموجب وثانيهما من ناحية القابل» وقد عرفه: بأنه إيجاب الإنسان أمراً علي نفسه إما باختياره وإرادته، وإما بإلزام الشرع له.

(٢) الطلاق لغة رفع القيد وشرعا هو رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح، وهو مجرد كقول الزوج لزوجته أنت طالق، ويكون نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها كي يطلقها، والحكم يختلف في كل منهما عن الآخر، راجع لنا الفقه الإسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما.

(٣) الدسوقي علي الدردير جـ ٣ ص ٢، النجفي في العقود ص ٢، روح المعاني جـ ٢ ص ٢٣٩.

كما أن العقد في الفقه الإسلامي يرشد إلي نزعة موضوعية إذ يقولون : تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا علي وجه يظهر أثره في المحل فهم يركزون نظرتهم إلي النتيجة الأخيرة للعقد دون اعتداد بالنتائج الأولية من ناحية أنه ينشئ التزاما شخصيا(١).

العقد عند رجال القانون : لاتكاد تختلف نظرة رجال القانون عن نظرة جمهور رجال الفقه الإسلامي السابق بيانها أولا. إذ أنهم يعرفون العقد بأنه(٢) «اتفاق شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر علي التعهد بتحصيل منفعة شرعية للمتعهد له» أو «هو توافق إرادتين علي إنشاء حق أو علي نقله أو علي إنهائه»(٣) ومن هذا نجد القانون يخص العقد بما كان لابد فيه من إرادتين، أما ما يتم بإرادة واحدة وما تشمله إطلاق كلمة عقد عند اللغويين وعند البعض من رجال الفقه الإسلامي فهو ليس بعقد عندهم، وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام من جانب واحد.

الفرق بين العقد وكل من التصرف والالتزام :

العقد ما يفيد التزاماً يتوقف وجوده علي اجتماع إرادتين كما يري جمهور الفقهاء، والالتزام هو التصرف المتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق أو إسقاطه دون أن يتوقف تمامه علي التزام أو تصرف من جانب آخر. بمعني أنه يستوي فيه التصرف الذي ينتج التزاما من جانب في مقابلة التزام من جانب آخر كالبيع والإجارة، أو الذي يكون متوقفاً تمامه علي قبول من الطرف الآخر كالوكالة والوصية علي أفراد معينين، أو الذي ينتج من جانب واحد دون توقف علي أي

---

(١) راجع للدكتور السنهوري مصادر الحق جـ ١، والدكتور شفيق شحاته النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ١٢٣.

(٢) شرح القانون المدني للمرحوم أحمد فتحي زغلول ص ١٢٧.

(٣) الوسيط للدكتور السنهوري ص ١٣٧.

شيء كالطلاق والنذر، بل من الفقهاء من خصه عند الإطلاق بحالة إلزام الشخص نفسه، ولذا فإنهم يطلقونه علي أحوال الإرادة المنفردة[١]. ويعرفه بعض الشرعيين بأنه إيجاب الإنسان أمرا علي نفسه إما باختياره وإرادته وإما بإلزام الشرع له[٢].

ويقول رجال القانون بأن الالتزام في جوهره هو عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين، أو هو سلطة معينة تمنح لشخص علي شخص آخر[٣]، وعلي هذا يكون الالتزام في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير، وقد جعل الشرع الإسلامي معها بهذا الاعتبار سلطة شخصية لصاحب الحق تخول له طلب حبس من عليه الالتزام مديناً أو أجيراً إذا أخل بالوفاء دون عجز، لقول الرسول «مطل الغني ظلم» وقوله «لي - أي مطل - الواجد ظلم يحل عرضه - بالطعن في أمانته وذمته - وعقوبته»، ولقوله تعالي ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلي ميسرة﴾.

وعلي هذا فالعقد علي ما قاله بعض الفقهاء مرادف للالتزام أو هما متقابلان علي أن العقد لابد فيه من اجتماع إرادتين، والالتزام يختص بأحوال الإرادة المنفردة، وأن العقد أخص من الالتزام. علي أن العقد يشترط فيه اجتماع إرادتين والالتزام أعم من ذلك.

أما التصرف : فهو ما يصدر عن الشخص المميز، بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة ما. فهو أعم من العقد ومن الالتزام بالاتفاق لأن التصرف قد يكون فعليا كالاستيلاء علي بعض الأموال المباحة والغصب وقبض الدين، والرجعة[٤].

---

(١) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ص ١٩٧.

(٢) مذكرة الالتزامات للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢١.

(٣) الدكتور السنهوري في الوسيط ١٠٧.

(٤) فالرجعة الفعلية تصرف شرعي رتب الشارع عليها آثارا حتي دون أن يتوقف فعلها علي نية عند الحنفية والحنابلة، وهو قول عند المالكية، وكذا المسائل الأخري فإنها تصرف فعلي، وعلي هذا يكون تعريف التصرف الوارد في الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ١٨٣ طبعة أولي من قوله «التصرف الشرعي كل مايكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا في المستقبل» تعريف قاصر لعدم شموله التصرف الفعلي.

وقد يكون التصرف قوليا وهو ما كان قوامه يصدر عن الإنسان من قول أو كتابة أو إشارة يرتب عليه الشارع حقا معينا، وهذا إما أن يكون من جانبين أي يتم نتيجة اتفاق إرادتين كالبيع والزواج وغيرهما من أنواع العقود. ولذا فإنه يصح تسميته تصرفا عقدياً، وإما أن يكون عزيمة مبرمة وإرادة منشئة لحق كالوقف، أو منهية كالطلاق أو مسقطة له كما في الإبراء من الدين والتنازل عن حق الشفعة مما خصه بعض الفقهاء باسم الالتزام. ومما أدخله بعضهم ضمن العقد، وإما أن يكون خاليا من كل ذلك وإنما هو إخبار بدعوي أو إقرار بحق سابق أو إنكار له أو حلف علي نفيه .... وهذا أبعد ما يكون عن العقود لأن هذا ليس فيه إنشاء التزام ولا إسقاطه ولا التنازل عنه.

ما يتوقف عليه وجود العقد: لابد لتصور العقد ووجوده من وجود الآتي :

أولا : وجود المتعاقدين اللذين يرغبان في إنشاء العقد وتكوينه، ليتوصلا إلي أثره المترتب عليه شرعا ويلتزما بحكمه.

ثانياً : الصيغة التي يتكون منها العقد وهي مايصدر عن المتعاقد من عبارة كاشفة عن إرادته ومظهرة لرغبته كأن يقول بعت أو اشتريت أو وهبت أو تزوجت.

ثالثا : محل للعقد يقع عليه التعاقد ويكون الالتزام بخصوصه وواقع عليه كالسلعة المبيعة في عقد البيع، والمنفعة التي يتملكها المستأجر في عقد الإجارة وهكذا.

رابعا: المقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله، أو بعبارة أخري الأثر المترتب علي التعاقد مما يطلق عليه الفقهاء حكم العقد[1]، وهذا يختلف حسب اختلاف أنواع العقود لا مفرداتها؛ فهو في عقود البيع جميعها واحد هو نقل ملكية المبيع من البائع إلي المشتري بعوض، وفي عقود الهبة ونحوها؛ نقل ملكية الشيء الموهوب من ملك الواهب إلي ملك الموهوب له بغير عوض. وفي عقود الإجارة تملك المستأجر منفعة العين المؤجرة مدة عقد الإجارة بعوض، وفي عقود النكاح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر وملك عصمة الزوجة.

---

(١) غير أننا نستطيع القول بأن المقصد الأصلي يسمي حكماً إذا نظرنا إليه من جهة الشارع وما رتبه عليه من آثار.

وينبغي أن نشير إلي أن الغاية من التعاقد أو المقصد الأصلي منه يختلف عن الباعث الشخصي في نفس المتعاقد إذ الباعث عامل نفسي هو الذي دفع الشخص بذاته إلي التعاقد، وهذا يختلف باختلاف الأشخاص، فقد يكون الدافع لأحد البائعين رغبته في الحصول علي الثمن أو احتياجه إليه، وقد يكون الباعث لبائع آخر التخلص من المبيع نفسه. وقد يكون بالنسبة لثالث قصد الاتجار والربح،وقد يكون غير كل هذا وإنما هو مجرد الرغبة في تهريب المال من الوارث أو الدائن، أو لمجرد التخلص من الضرائب(١).

فالباعث إذاً يخضع لرغبات الأشخاص دون طبيعة العقد. أما المقصد أو الغاية أو الأثر المترتب علي العقد فإنه يتأثر بطبيعة العقد نفسه دون اعتبار لأشخاص المتعاقدين.

والعقد مادام قد وجد صحيحاً مشروعا لزم الوفاء به، وقد ورد العقد في القرآن في عدة مواضع كلها تفيد الحث علي الوفاء به، والقيام بالالتزامات التي يوجبها(٢).

أما إذا كان التعاقد رغم سلامة أركانه يقع علي شيء غير مشروع فإنه لاينشئ التزاماً في نظر الشارع، ولا يجب الوفاء به، بل علي النقيض فإنه يجب إغفاله،وإلا فإن المتعاقد يكون آثما شرعاً ويستحق عقاب الله المترتب علي مخالفته لحكم الشرع «فتعاقد المسلم علي الخمر أو الخنزير أو الربا أو علي من تحرم عليه

---

(١) وعدم مشروعية الباعث قد توجب بطلان العقد في بعض المذاهب علي ما سنبينه عند الكلام عن اختلاف العبارة مع الإرادة.

(٢) ومن هذا قول الله تعالي في سورة المائدة ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ وقوله في سورة الإسراء ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾ ويقول الرسول «لا أمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لاعهد له».

شرعا بسبب القرابة أو النسب أو الرضاع لا ينتج التزاما بل لا وجود للعقد باعتبار أنه سبب في ظهورالحكم»[١].

(١) وذلك لقوله تعالي بالنسبة للخمر والخنزير ﴿حرمت علكيم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ وقوله ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ..﴾ وقوله بالنسبة للربا ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ وقوله بالنسبة لمن يحرم الزواج بهن ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم .. وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم ..﴾

الفصل الثاني

تكوين العقد وإرادة المتعاقد

يحتوي هذا الفصل علي خمسة مباحث ١- أركان العقد وشروطه ٢- صيغة العقد وموافقتها للإرادة وأثره. ٣- عدم مطابقة العبارة للإرادة وأثره. ٤- الرضائية في العقود. ٥- الإرادة المنفردة والعقد.

المبحث الأول

أركان العقد وشروطه

ركن العقد : الركن في اللغة هو الجانب القوي الذي يمسكه، وهو عند غير الأحناف مالابد منه لتصور العقد ووجوده سواء أكان جزءاً منه أم مختصاً به، وعلي هذا فأركان العقد عندهم : العاقد، ومحل العقد، والصيغة التي يتكون منها العقد[١]، أما الأحناف فالركن عندهم هو ما كان جزءاً من الشيء ولا يوجد إلا به، وعلي هذا فركن العقد عندهم هو الإيجاب والقبول اللذان يكونان صيغة العقد، وإن كان لابد لوجود العقد من وجود المتعاقدين ووجود شيء يتم التعاقد عليه وهو مايسمي محل العقد، إلا أنهما ليسا من أجزاء العقد.

واختلف الأحناف مع باقي الفقهاء أيضاً في تعريف كل من الإيجاب والقبول. فبينما يري الأحناف أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين. وأن القبول ما صدر ثانياً من العاقد الثاني[٢]، إذ يري غيرهم أن الإيجاب ما صدر من المملك والقبول ما صدر من المتملك، فعبارة البائع والمؤجر والزوجة هي الإيجاب عندهم سواء صدرت أولا أم أخيراً، لأن تمليك العين أو المنفعة أو العصمة صادر من جهتهم، وعبارة المشتري والمستأجر والزوج هي القبول لأنهم هم الذين سيتملكون العين أو المنفعة أو البضع.

---

(١) انظر الفروق للقرافي جـ ٢ الفرق ٣.

(٢) وفي فتح القدير جـ ٢ ص ٢٤٤ «الإيجاب هو الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد وتصدر أولا، والقبول ما يقع ثانياً من أي جانب كان كل منهما» وراجع المغني جـ ٣ ص ٥٦٠ .

الشرط ومايشترط في العقد : الشرط في اللغة العلامة الدالة المميزة وفي الاصطلاح الفقهي عند الأحناف ما يتوقف وجود الشيء عليه دون أن يكون جزءاً منه كتوقف الصلاة علي الطهارة مع أنها لم تكن جزءاً منها، واشترط القدرة علي تسليم المبيع لصحة البيع فليس هذا جزءا من العقد مع أنه يتوقف وجوده عليه. وبذا نجد الشرط يشارك الركن في أنه لا وجود للعقد أو الشيء إلا بوجودهما، مع أن الركن داخل في حقيقته وجزء منه، بينما الشرط خارج عن حقيقته وليس جزءاً منه(١).

ويقسمون الشرط باعتبار مصدره إلي شرط شرعي يفرضه الشارع فلابد منه لتحقق العقد، ولا يوجد الشيء إلا به وهو الذي نقصده هنا. وشرط جعلي : يشترطه العاقد بإرادته ليحقق له رغبة وقصداً خاصاً في العقد فيجعل العقد مقترناً به أو معلقاً عليه علي ما سنبينه ونبين موقف الفقهاء من أن الأصل فيما يشترطه المتعاقدان الإباحة أم الحظر.

والعقد يتم وينعقد بتحقق ركنه - وقد سبق - لكن بشرط أن يكون العاقد أهلا للتعاقد، وأن يتوافق كل من الإيجاب والقبول علي محل عقد بعينه، وأن يكون محل العقد قابلا للتعاقد شرعاً، وأن يتصل القبول بالإيجاب في مجلس العقد، أما أهلية المتعاقد فقد تكلمنا عنها وعن عوارضها عند الكلام عن نظرية الحق، وبينا أنه يشترط أن يكون العاقد مميزاً يعني ما يقول، ويقصد الوصول إلي أثره المترتب عليه علي التفصيل السابق ذكره، لأن العقد سبب ناقل للملكية من

---

(١) ويطلق الأصوليون الشروط علي نوعين : الأول : الشرط الشرعي او الحقيقي، وهو إما ان يكون شرطاً لسبب مثل اشتراط العمد والعدوان في سببية القتل لإيجاب القصاص، او يكون شرطاً للحكم كالأمثلة السابقة، الثاني الشرط الجعلي، وهو ما يتعلق به حصول شيء علي حصول شيء آخر. إن سافرت إلي جهة كذا فأنت وكيل عني، أو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات تشترط عند التعاقد مثل اشتراط خيار الشرط أو عدم سفر الزوجة إلي غير ذلك .
راجع المغني جـ ٣ ص ٥٦٠. وابن عابدين جـ ٥ ص ٥ ، والفتح جـ ٥ ص ٧٤، وجميع كتب الأصول . وراجع لنا تفصيل ذلك في كتابنا «مباحث الحكم عند الأصوليين».

حيز إلي حيـز، ولذا كان لابد فيه من تحقق القصـد والإرادة، وهذا لا يتحقق إلا في شخص له أهلية أداء(١).

توافق الإيجاب والقبول في جميع جزئياته :

يتوافق الإيجاب مع القبول ويتلاقي معه إذا كان مطابقاً له في كل جزئية من جزئياته(٢) كأن يقـول شخص لآخر بعتك كـتابي هذا بعشـرة قروش فيقـول الآخر قبلت، فإن الكتـاب أخرجه البائع من ملكه نظيـر قبضه عشرة قـروش حالة. وقد قبل المشتري أن يتملك الكتاب نظير دفع عشرة قروش للبائع في الحال.

فإن كان القبول مع اختلافه يتضـمن الإيجاب ويشتمل علي جميع جزئياته، جزئيـاتـه، اعتبـره الفقهاء قبولا ضمـنياً وانعقد العقد معـه وذلك كأن تقول لآخر بعتك كتابي بعشرة قروش، فيقول الآخر قبلت بعشرين قرشاً، فإن العقد ينعقد لأن القبول جاء موافقاً للإيجاب ضمناً ومشـتملا عليه، إذ القابل للشراء بعشرين قرشا

(١) وفي الفتح جـ ٥ ص ٧٤ «فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره» وفي حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٥ «ولا يشترط البلوغ والحرية ولاينعقد بيع مجنون وصبي لايعقل، أما الصبي المميز فعقده لنفسه موقوف علي الإجازة».

(٢) الفتح جـ ٥ ص ٧٩ - ٨٠ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٣ ص ٢٠ إلي ٢٢ والبدائع جـ ٥ ص ١٣٦ وما بعدها «وأن يكون القبول موافقاً للإيجـاب وبأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه فإن خالفه بان يقبل غير ما أوجبه أو بعضه أو بغير ما أوجبه أو ببعضه لا ينعقد من غير إيجاب مبـتدأ» وفي حاشيـة ابن عابدين جـ ٤ ص ٦ «ويشتـرط موافقة الإيجاب للـقبول وإلا لم ينعقد العقد إلا في الشـفعة بأن باع عبداً وعقاراً في عقد واحد فطلب الشـفيع العقار وحده» وقد بينا في كتابنا الفـقه الإسلامي أن أخذ الشفيع يعـتبر شراء جديداً، وقلنا أن الخلاف فـيما إذا كان المبيع في يد البـائع وطلبه الشـفيع هل يملك من البائع ويـنقض العقد الأول ويعـتبر كـأنه أصدر إيجابين أحدهما للمشتري والآخر للشفيع والقاضي يرجح أحدهما » فارجع إليه إن أردت.

يكون قابلا بالعشرة، ولايلزم المشتري إلا العشرة قروش فقط التي نص عليها الإيجاب[1] وتم العقد علي أساسها إذ لا يملك هو أن يدخل في ملك غيره شيئاً من غير رغبته، إلا إذا قال البائع بعد ذلك في المجلس: قبلت، إجابة عن كلام المشتري، فيلزم المشتري بدفع العشرين، ويكون العقد قد تم بإيجاب من المشتري وقبول من البائع، ولا اعتبار لعبارة البائع الأولي.

ومن هذا لو باعه بثمن مؤجل، فقبل المشتري بثمن حال، لأن القبول في كل هذا لم ينقص شيئاً من الإيجاب، وإنما جاء متفقاً معه ومتضمناً رغبة صاحب الإيجاب، وكذا إذا قال البائع للمشتري بعتك هذه الدار بما فيها من أثاث بألفي جنيه : الدار بألف وخمسماية، والأثاث بخمسماية، فقال المشتري قبلت شراء الدار فقط بألف وخمسمائة، إذا البائع ببيانه ثمن كل من الدار والأثاث علي حدة يكون قد قبل تفرقة الصفقة فيتم العقد[2]

أما إذا كان القبول غير مشتمل علي جميع جزئيات الإيجاب فإنه لايتلاقي معه[3]، فإذا قال شخص لآخر: بعتك كتابي هذا بعشرة قروش، أو يقول له بعتك داري هذه بما فيها من أثاث بألفي جنيه ولم يفصل لكل ثمناً، أو يقول له بعتك كتابي هذا بعشرة قروش تدفعها حالا، فقال المشتري قبلت شراء الكتاب بسبعة قروش، أو قبلت شراء الكتاب بعشرة قروش مؤجلة، أو قبلت شراء الدار دون الأثاث بألف وخمسماية.

أو باع داره كلها بألف لشخص أو شخصين، فقبل المشتري نصفها بخمسماية في الصورة الأولي أو قبل أحدهما ورفض الآخر في الصورةالثانية، فإن العقد لا ينعقد بشيء من هذا إذ القبول لم يتضمن كل ماجاء به الإيجاب وفيه

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧ ، ورد المختار جـ ٤ ص ١٩ .

(٢) راجع البدائع جـ ٦ ص ١٣٧ وراجع الفتح والعناية جـ ٥ من ٧٩ إلي ٨١.

(٣) راجع الفتح جـ ٥ ص ٨٠ والبدائع جـ ٧ ص ١٣٦.

تجزئة الصفقة علي البائع وهو ضار به، ويعتبر هذا بمثابة إيجاب جديد من المشتري يحتاج إلي قبول من البائع فإذا حدث ذلك وقبل البائع ما عرضه المشتري تم العقد، واعتبرت العبارة الأولي لاغية.

وكذلك إذا باعه الدار بألف حالة فقبل شراءها بألف وماية مؤجلة أو منجمة فإن العقد لا ينعقد بهذا القبول لمخالفته للإيجاب من بعض الوجوه إلي مافيه من ضرر محتمل بصاحب الإيجاب لأن الثمن وإن كان أريد مما تضمنه الإيجاب إلا أنه قد يكون البائع راغباً في تعجيل الثمن لحاجة، أو أن رضاءه بالبيع لا يتوافر إلا مع تعجيل الثمن خشية النزاع، أو أن يتوي الحق.

فالمقصود بتوافق الإيجاب مع القبول في الفقه الإسلامي، توافر الرضا بالعقد بين طرفيه، فإذا كان الاختلاف لايضر بالآخر من أي وجه انعقد العقد وإلا فلا ينعقد بهذه الصيغة[١] يقول الله سبحانه وتعالي[٢] : ﴿يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

والمادة ٩٦ من القانون تنص : «إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً» فإذا باع بألف فوراً وقبل المشتري أن يدفع علي أن يزيد البائع في المبيع شيئاً، أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط، لم يتم البيع واعتبر هذا القبول إيجاباً جديد[٣]. وبهذا يظهر أن القانون جاء متفقاً مع نظرية الفقهاء في هذه المسألة ولا يختلف عنها في شيء يذكر[٤].

(١) ولذا في عقود التبرعات لو وهب شخص لآخر عشرة قروش فقبل خمسة انعقد عند الشافعي، راجع نهاية المحتاج جـ ٦ كتاب الوصية.

(٢) سورة النسا. جـ ٥ / ٢٩.

(٣) راجع الوسيط للدكتور السنهوري ص ٢٢٠ عند تعليقه علي المادة المذكورة.

(٤) لكن جاء في كتاب «الأموال ونظرية العقد » ٢٥٦ ، ٢٥٧ ان القانون يختلف مع الفقه الإسلامي في هذا.

أن يكون محل العقد قابلا للتعاقد شرعا :

محل العقد هو ما كان التعاقد بخصوصه وواقعاً عليه، مالا كان كالكتاب والدار، أو منفعة مال كسكني الدار وركوب السيارة، أو منفعة ما ليس بمال كالمنفعة المترتبة علي عقد الزواج، أو عملا كعمل الطبيب والمهندس والمعلم والحارس، فإن هذه كلها ينعقد عليها العقد ويترتب عليه أثره مادام المحل قابلا لظهور حكم الشرع فيه وغير منهي عنه.

فلو كان محل العقد لايعتبر مالا في نظر الشارع كلحم الميتة مثلا، أو مالا غير متقوم كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، أو كان منفعة مال لايعتبرها الشارع ولايقرها، كاستئجار سلاح من شخص للقتل به من غير حق، أو منفعة ماليس بمال ولا يعتبره الشارع كاستئجار البغايا، وكالزواج بمحرم منه، أو عملا نهي عنه الشارع مثل استئجار النائحة للنوح أو شخص للسرقة أو الاعتداء علي آخر بالضرب، فإن العقد لاينعقد، بمعني أنه لايترتب عليه أثره الشرعي في شيءمن ذلك، لأن الشرع قد نهي عنه فلا يحدث ارتباط بين الإيجاب والقبول رغم وجود العقد في الظاهر(١).

(١) المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٢٢ وما بعدها وفي ص ٢٦٠ أن لبن المرضع يجوز بيعه عند الشافعي وهو مكروه عند أحمد بن حنبل، وحرام عند مالك وأبي حنيفة وبعض الحنابلة، ويقول ابن قدامة والأول أصح لأنه لبن طاهر منتفع به فجاز بيعه، ولأنه أخذ العوض عنه في إجارة الظئر (المرضع) فأشبه المنافع. راجع فيه جـ ٤ من ص ٢٢٢ إلي ص ٢٦٤ والبدائع جـ ٥ ص ١٤٥ وعلي هذا يمكن أن يقاس عليه بيع الدم لأنه ينتفع بنقله في تقوية المريض الذي يحتاج في علاجه إلي نقل دم، وفي البدائع جـ٥ ص ١٤٤ عن أبي حنيفة «كل شيء افسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه، وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولاهبته» ثم قال: ويجوز بيع آلات الملاهي من الطبل والمزمار والدف ونحوها عند أبي حنيفة لكنه يكره فلو أتلفها إنسان ضمنها عند الإمام خلافاً للصاحبين وعلي هذا بيع النرد والشطرنج. ثم يقول: والصحيح قول أبي حنيفة لأن كل واحد منهما منتفع به شرعاً، وبالجملة فراجع من ص ١٣٨ - ١٤٥ ، الهداية جـ ٣ ص ٣٦.

والمادة ١٣٥ من القانون المدني تنص علي أنه إذا كان محل الالـتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا، فلا يجوز أن يكون الشيء المخالف النظام العام أو الأدب محلا للالتزام(١)، ويستتبع ذلك أنه لايجوز الاتفاق علي ما يخالف النظام العام أو الآداب(٢).

---

(١) وكذلك تنص المادة ١٣٦ «علي أن السبب إذا كان مخالفاً للإرادة فالعقد باطل» وتنص المادة ٢٦٦ علي الا يكون الشرط مخالفاً للآداب.

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ص ٣٩٨ والمخالف للنظام العام هو ما كان غايته الوصول إلي أمر ممنوع بالقانون بتشويه النصوص القانونية الآمرة والناهية والاحتيال عليها، وهو شامل ما اتجه إلي إحداث واقعة غير مشروعة، وما يفضي إلي مخالفة النصوص القانونية الآمرة والناهية.

والمخالف للآداب : النصوص القانونية لم تتعرض لتعريف الآداب، وشراح القانون المصري قد نحوا منحي شراح القانون الفرنسي في فصل الآداب عن الدين، وإن كان منهم (كالدكتور السنهوري) من هو أكثر وضوحا في كون الدين عنصراً من العناصر التي تحكم الآداب العامة.

وكان الأجدر بشراح القانون في البلاد التي دينها الرسمي الإسلام أن يرجعوا إلي الآداب الإسلامية وأحكام النصوص الإسلامية لمعرفة الآداب العامة وخصوصاً أن المادة الأولي من القانون المصري تشير إلي أن المحكمة تقضي بمبادئ الشريعة حين لاتجد نصاً. والآداب ليس لها نص فلزم أخذها من الشريعة وعلي هذا فالآداب عندنا هي النصوص الشرعية الإسلامية الآمرة أو الناهية التي كانت من قبل نصوصاً ملزمة بذاتها ولها جزاء علي مخالفتها ولكن وجدت نصوص قانونية وضعية أبطلت حكم هذا الجزاء. راجع للدكتور عبد الله الجليلي «العراقي» رسالته - في الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب من ص ١٧١ وما بعدها ومن ص ٣٠٦ ومابعدها، التي نال بها درجة الدكتوراه من حقوق القاهرة. وقد كنت أحد أعضاء مناقشتها والحكم عليها.

اتصال الإيجاب بالقبول :

١- بمعني أن يصدر القبول متصلا بالإيجاب(١) في مجلس العقد إن كانا حاضرين دون أن يفصل بينهما فاصل، وإلا فإذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فيجب علي الغائب بمجرد وصول الإيجاب إلي علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب دون فاصل، ومع هذا فلا يتحقق هذا الاتصال إلا إذا كان كل عاقد يعلم بما صدر من صاحبه ويفهمه، وأن تكون العبارة مقصودة ومرغوباً في أثرها الشرعي.

نعم لابد لوجود الالتزام بين المتعاقدين أن يفهم كل منهما عبارة الآخر، وأن يقصد مايترتب عليها(٢) لأن الإرادة التي يتم بها الارتباط أمر خفي.

والعبارة أو ما يقوم مقامها هي الكاشفة عن الإرادة والمظهرة لها، ولذا لزم أن تكون واضحة مفهومة - فإذا صدر من أحدهما مايدل علي إرادته ورغبته لكن لم يصل إلي سمع الآخر أو لم يفهم مدلولها لأنه بلغة لم يفهمها، أو لشيء من ذلك وصادف في نفس الوقت أن صدر منه مايصلح أن يكون قبولا، فإن العقد لاينعقد ولايعتبر هذا من اتصال القبول بالإيجاب.

ولابد لتحقق الاتصال من أن يصدر القبول في مجلس العلم بالإيجاب سواء أكان المتعاقدان حاضرين في مجلس واحد يسمع كلاهما عبارة الآخر، أم كان التعاقد بينهما بالرسالة أو الرسول، ففيه خير للمتعاقدين معاً حتي يتبين كل منهما موقفه. فمن مصلحة صاحب الإيجاب أن يعرف رأي الآخر عند علمه بالإيجاب

---

(١) راجع الدر المختار جـ ٤ ، ص ٦ - ١١، البدائع جـ ٥ ص ١٣٧، الفتح جـ ٥ ص ٧٨، والمغني جـ ٣ من ٥٦٢ إلي ٥٦٩.

(٣) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٤. أما إذا كان التزاما يملكه بمفرده كالرجعة والطلاق والإعتاق والنذر والإيلاء فإنه يتم ولو لم يعلم به الآخر مادام قد أظهر علي ماهو مبين في مواضعه - راجع للدكتور محمد وحيد سوار رسالته في التعبير عن الإرادة سنة ١٩٦٠ وقد كنت عضوا في مناقشتها والحكم عليها.

من غير أن يمضي علي ذلك وقت، ومن مصلحة الآخر أن يظهر رأيه بالقبول أو الرفض قبل أن يرجع الموجب عن إيجابه،أو يري فرصة أخري تحقق له غرضاً أفضل مما عرض، ولأن الأصل في التعاقد هو الإرادة، وهي كما قلنا أمر خفي لامظهر لها إلا مايدل عليها من العبارة. والإيجاب ينتهي ويبطل بانتهاء صدوره، فتبقي الإرادة بغير دليل علي بقائها فلا تعتبر، ولذا كان القياس يقضي بضرورة اتصال القبول فور ظهور الإيجاب من غير فاصل زمني.

وإن كان القياس يقضى بانتهاء الإيجاب بمجرد انتهاء العبارة الدالة عليه، إلا أن العرف اعتبر مدلول العبارة قائماً مادام المجلس لم يتغير، ولم يتخلله فاصل؛ ولذا اعتبر الفقهاء الإيجاب باقياً مابقي المجلس إلا إذا رجع عنه صاحبه، وليستطيع الآخر التروي بعض الشيء فيما يقدم عليه من قبول أو رفض. ويسهل علي الناس التعامل(١) وعلي كل فالفقهاء بين موسع في ذلك ومضيق وإليك مايراه كل فريق.

يشترط الشافعية(٢) اتصال القبول بالإيجاب فور صدوره من غير وجود أي فاصل كان ولو يسيراً في غير موضوع العقد، واعتبروا أن صدور أي شيء من الآخر في مجلس العقد قبل إظهار رغبته يكون فاصلا مانعاً من تلاقي الإيجاب بالقبول، ويعتبرونه بهذا منهياً لمجلس العقد فلو تكلم بأي كلام أو أحدث أي فعل بعد صدور الإيجاب اعتبروا ذلك إعراضاً عن الإيجاب لأن الأصل فيه أنه يزول ويرتفع بالانتهاء من التلفظ به، فلو صدر القبول بعد شيء من ذلك فلا يتصل بالإيجاب عند الشافعية.

---

(١) يقول صاحب العناية «ولأن في إبطال الإيجاب قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري وفي إبقائه في ما وراء المجلس عسراً بالبائع، وفي التوقف بالمجلس يسر بهما، والمجلس للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر. ويقول صاحب البدائع «القياس يقضي ان لا يتأخر أحد شطري العقد عن الآخركي يصدر الثاني قبل انعدام الأول إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلي انسداد باب التعاقد فاعتبر المجلس جامعاً للشرطين حكماً للضرورة وحق الضرورة يقدر باتحاد المجلس فإذا اختلف زالت الضرورة، وعند الشافعي لابد من الفورية مع هذا» راجع العناية علي فتح القدير جـ ٥ ص ٧٨،و والبدائع جـ ٥ ص ١٣٧

(٢) نهاية المحتاج جـ ٣ ص٨.

غير انهم أثبتوا له ما سموه خيار المجلس(١) كي لايضار من فورية إظهار الرأي قبل التروي فيحق له بمقتضي هذا الخيار الرجوع في قبوله قبل انفضاض المجلس، ويشترط أن يكون العقد من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة. ويعتبر هذا فسخاً للعقد، أما إذا انفض المجلس قبل رجوعه أو كان العقد ليس معاوضة مالية، وإنما كان عقد زواج مثلا فإن العقد يكون لازماً ولا يصح الرجوع في القبول ، وحكموا العرف فيما يعتبر تفرقاً منهياً للمجلس أولا.

ويستند الشافعي إلي ماروي عن النبي صلي الله عليه وسلم «البيعان بالخيار مالم يتفرقا»، ، وبذا يستطيع كل من طرفي العقد أن يدبر الأمر ويوازن بين مصلحته في إتمام العقد أو فسخه، ومن هذا تري أن عقود المعاوضات لاتكون لازمة عندهم إلا بانتهاء مجلس العقد، فمادام مجلس العقد قائماً ولم يظهر رغبته في إقرار العقد أو فسخه فإن من حق كل من المتعاقدين الرجوع فيه(٢).

لكن فقهاء الأحناف رأوا أن الفورية وإن كان القياس يقتضيها، إلا أن مصالح الناس وتيسير التعامل عليهم، يقتضي أن يترك صاحب القبول حراً مادام مجلس العقد قائماً، لأن المجلس سيعتبر بقاؤه دليلا علي بقاء مدلول الإيجاب وهو الإرادة فإذا صدر الإيجاب من صاحبه كان للآخر كما يقول الأحناف حق خيار القبول. وقالوا إنه لو لم يثبت للقابل الخيار ألزمه حكم البيع من غير تحقق رضاه(٣). وقالوا إن هذا هو المقصود من حديث «البيعان بالخيار مالم يتفرقا».

وفيما ذهب إليه الأحناف توسعة وتيسير علي الناس في معاملاتهم، إذ لم يقصروا حرية التفكير والتروي علي من يصدر منه القبول فقط بل أعطوه لطرفي

---

(١) خيار المجلس هو ما يثبت لأحد المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية حق فسخ العقد أو إمضائه في مجلس العقد قبل أن يفترقا من غير اشتراط وهو غير خيار الشرط الذي لا يثبت إلا باشتراطه في العقد وهو محل اتفاق سيأتي بيانه.

(٢) المغني جـ ٣ ص ٥٦٢/٥٦٤ «هذا ما يراه الإمام احمد. أما الشافعية فيرون أن هذا العقد يصبح لازماً بهذا أو بالاختيار نفسه».

(٣) وفي الهداية جـ ٣ ص ١٧ إذا أوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده مادام لم يصدر من صاحب الإيجاب مايدل علي تغير إرادته في المجلس. فإن الإيجاب - فيما أري - يجب أن يعتبر قائماً استصحاباً للأصل وإبقاء للشيء علي ماهو عليه حتي يقوم الدليل علي نقيضه. وفي حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٢ أن الإمام مالكا يثبت خيار القبول نقلا عن الفتح. لكن الذي في الفتح جـ ٥ ص ١٢ لايدل علي هذا ونصه:

«وما قيل من أن حديث «البيعان بالخيار مالم يتفرقا» رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به خيار القبول لعمل به فغاية في الضعف إذ ترك العمل به ليس حجة علي مجتهد غيره».

العقد، فمن حق صاحب الإيجاب أن يرجع في إيجابه مادام لم يتصل به قبول الآخر لخلوه عن إبطال حق الغير[١]. ولا ضرر في هذا لأن المجلس يعتبر وحدة، بل لامعني للإلزام بالفورية ثم عدم الالتزام بالعقد أثناء مجلس العقد، وعلي هذا فبمجرد اتصال القبول بالإيجاب عندهم يتم العقد ولا يملك أحدهما أن ينفرد بفسخ البيع أو الإجارة مثلا. يقول صاحب المحيط البرهاني[٢] «لو قال المشتري اشتريت منك هذا العبد بكذا فقال البائع بعت فقال المشتري لا أريده فليس له ذلك لأن الشراء قد تم بينهما قبل قول المشتري لا أريده».

ويعتبر المجلس منتهياً عندهم إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، أو قام أحدهما عن المجلس قبل القبول، أو حدث مايدل علي الإعراض من الاشتغال بعمل آخر، أو الانتقال إلي حديث آخر. فهم يلتزمون بالمجلس الحقيقي، ولا يأخذون باتحاد المجلس الحكمي إلا للضرورة[٣]. ومع هذا فمنهم من اعتبر اتحاد المجلس، سواء أكان حقيقياً أم حكمياً ينعقد معه العقد فيجيزونه بين ماشيين ولا يعتبرون القيام بعد قعود والعكس منهياً للمجلس[٤].

---

(١) الهداية جـ ٣ ص ١٧.

(٢) جـ ٩ ص ٩٣.

(٣) فقالوا إذا شرب أو أكل أو أتم صلاة بعد سماع الإيجاب لا يعتبر إعراضاً غير أنه في ظاهر الرواية ما يفيد أنهما إذا تبايعا وهما يمشيان أو يركبان شيئاً متفرقاً أو متحداً لا ينعقد بينهما عقد لأن المجلس تبدل بالمشي والسير، وأجازوا العقد بين راكبي السفينة لأنهما لايملكان وقفها، وعلي رأيهم فإنه يقاس عليها كل مالا يملك المتعاقد وقفه عن السير أو كما يقولون مالم يكن جريانه مضافاً إليه كالتعاقد بين راكبي الطائرة والقطار والسيارة العامة وما شابه ذلك، راجع فتح القدير جـ ٥ ص ٧٨ - ٨٠ ، والبدائع جـ ٥ ص ١٣٧ ، والدر المختار جـ ٤ ص ٢٠،

(٤) وفي الفتح جـ٥ ص ٨٨ «قال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح وإليه اشير في جميع التقارير. وفي العقد بين ماشيين اختار الطحاوي وغيره أنه إن أجاب علي الفور جاز، وفي الخلاصة عن النوازل: إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز. وقيل يجوز في الماشيين ما لم يفترقا بذاتهما» وهذا يدل علي اعتبارهم المجلس حقيقة وحكما، ويبعدهم كل البعد عن الناحية الشكلية.

والحنابلة مع الأحناف في خيار القبول، ولم يذهبوا مذهب الشافعي في الفورية ، إلا أنهم مع هذا قرروا للمتعاقدين خيار المجلس - في غير عقود الزواج والطلاق والإعتاق علي مال وأمثال ذلك - وأن يبقي لهما هذا الحق حتي يتفرقا، واستندوا أيضاً إلي حديث «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[(١)]، وقالوا إن المرجع في معرفة ما يعتبر تفرقاً للخيار، وملزماً للعقد هو العرف، لأن الحديث علق علي التفرق ولم يبينه فيدل هذا علي ترك بيانه للعرف.

ويرون أن الخيار نفسه لايبطل إلا بالتفرق، والاختيار نفسه لايسقط الحق مادام المجلس قائماً خلافاً للشافعي وقد سبق، فلو عدل عن قبوله أو إيجابه في الآخر ثم غير رأيه مرة أخري فله ذلك مادام المجلس قائما ولم يعدل الطرف الآخر[(٢)].

أما الإمام مالك فإنه لايري الفورية ولا خيار المجلس[(٣)] ولا خيار الرجوع أيضاً، وذلك لأنه يري أن الموجب يكون ملتزماً بإيجابه حتي يتصل به قبول الآخر فلا يملك أن يرجع فيه مادام المجلس قائماً ولم يحدث مايدل علي الإعراض، ومنهم من لايري الاشتغال بكلام آخر أو عمل آخر منهياً للمجلس، وإنما يحكمون العرف فيما يعتبر إعراضاً أو إنهاء للمجلس[(٤)].

لقد جنح القانون المصري الجديد إلي عدم الفورية، وعدم الالتزام بالإيجاب قبل صدور القبول،وهو بهذا إنما يجنح ناحية المذهب الحنفي غير أن القانون تعرض

(١) وجاء في كتاب تكملة المجموع للسبكي جـ ١٣ ص ١١٤ وحديث حكيم بن حزام الثابت في الصحيحين عن النبي ﷺ قال : «البيعان بالخيار مالم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما».

(٢) راجع المغني جـ ٢ ص ٥٦٥ - ٥٦٨.

(٣) راجع حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٢ والفتح جـ ٥ ص ٨٢ وماسبق.

(٤) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٢٤٠

لمسألة أخرى وهى ما إذا التزم الموجب بالإيجاب لفترة معينة فلا يصح له الرجوع فيه[1].

رجوع الموجب قبل القبول:

يرى الأحناف ومن معهم أنه إذا رجع الموجب فى إيجابه فى مجلس العقد قبل قبول الآخر فإن هذا مبطل للإيجاب، سواء رجع عنه صراحة أم دلالة - بأن أعرض عنه إلى حديث آخر - ويسمون هذا بخيار الرجوع، لأنهما ما داما فى المجلس، ولم يصدر من الآخر ما يدل على القبول أو الرفض فالتزام صاحب الإيجاب لم يتصل به قبول، فمن حقه أن يعدل عنه قبل أن يتعلق به حق الغير محافظة على حريته الأصلية فى تصرفاته، ولأن حق الآخر لم يثبت بعد، فالموجب برجوعه لم يبطل حق أحد، والإيجاب لا يكون ملزما إلا إذا اتصل به القبرل فى المجلس، ولأنه إذا انصرف صاحب الإيجاب من المجلس قبل أن يصدر القبول لارتفع الإيجاب فمادام هو يملك إنهاء المجلس وبإنهائه يرتفع الإيجاب فهو يملك الرجوع عنه ورفعه صراحة، لكن الغالب فى الفقه المالكى أن الإيجاب ملزم لصاحبه حتى يلتقى به القبول فى المجلس فلا يحق للموجب أن يرجع عن إيجابه فى المجلس قبل القبول [2].

---

(١) جاء فى الفقرة الأولي من المادة ٩٤ : «إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعادا للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا . . . ».

والفقرة الثانية « ومع ذلك يتم العقد لو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد».

وفى المذكرة التفسيرية « وقد أخذ المشرع فى هذه الصورة عن الفقه الحنفى قاعدة حكمية تنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه فى الفترة التى بين الإيجاب والقبول، وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشرع فى هذه الحدود بنظرة الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد».

وقد أفاض الدكتور السنهورى فى كتابه الوسيط ص ٣٠٣ - ٣١٥ فى تحبيذ الأخذ بنظرية الفقه الحنفى، وترك نظرية القوانين الحديثة المتمشية مع الفقه الشافعى فى اشتراط الفورية لاتصال القبول بالإيجاب، غير أن سيادته أسند اشتراط الفورية للفقه المالكى وهى كما علمت نظرية الفقه الشافعى. هذا ولعل ما رواه الحطاب الفقيه المالكى فى كتابه «المواهب» «من أن شخصا مسافراً كتب وثيقة ببيع شىء عينه لزوجته وهى فى مكان بعيد عنه وقد قبل القاضى منه ذلك»، ينطبق على ما تعرضت له المادة من تعيين ميعاد يلتزم به البائع لقبول الآخر. ولنا أن نقول إن فى الفقه الإسلامى ما يسمى اشتراط خيار الشرط. فإذا باع شخص واشترط المشترى لنفسه خيار الشرط مدة كذا فالأول قد التزم بالعقد والآخر ما زال يملك الفسخ وعدمه رغم أنه قبل الإيجاب.

(١) راجع فتح القدير جـ٥ ص ٧٨ « لأن الثابت للآخر بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذى أثبت له هذه الولاية على أن له أن يرفعها كعزل الوكيل. كما أن حق التملك لا يعارض حقيقة الملك» . وراجع حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٢١ «الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض وبرجوع الموجب عنه قبل القبول وكذا معه فلو رجع الموجب فى اللحظة التى صدر فيها القبول كان الرجوع أولى» وراجع البدائع جـ٥ ص ١٣٤ «وله خيار الرجوع لأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر وهذا لا يجوز، وراجع مواهب الجليل للحطاب جـ٤ ص ٢٤١ «ولو رجع الموجب قبل إيجاب الآخر لم يفده هذا إذا قبل الآخر فى المجلس».

وقد ظهر مما سبق أن الشافعية يرون الفورية فلا مجال لرجوع الموجب منهما قبل قبول الآخر. وإن كانت عقود المعاوضة عندهم لا تأخذ صفة اللزوم إلا بعد انتهاء المجلس. وأما أحمد بن حنبل فإنه وإن كان لا يرى الفورية فإنه يرى خيار المجلس. أى أن عقد المعاوضة لا يلزم إلا بعد انتهاء المجلس، فمن حق صاحب الإيجاب أن يرجع عن إيجابه بناء على ذلك. والقانون فى المادة ٩٤ مع الأحناف فى هذا .

خروج الموجب عن أهليته قبل القبول:

إذا صدر الإيجاب صحيحًا وقد فهمه الآخر وسمعه، وقبل القبول أو الإعراض خرج الموجب عن أهلية التعاقد فى المجلس بأن مات أو جن، فإذا صدر القبول بعد ذلك فإنه لا يتصل بالإيجاب ولا ينعقد به العقد، إذ الإيجاب قد زال بزوال صاحبه أو موته أو لفقده أهليته. وقد قلنا إن الإيجاب معبر عن الإرادة الخفية، والأساس فى التعاقد إنما هو الإرادة، وهى هنا قد انعدمت بخروج صاحبها عن أهليته، وقد تم ذلك قبل اتصاله بالقبول وقبل انعقاد العقد فلا محل لهذا القبول عندهم، إذ من الجائز لو بقى الموجب على طبيعته لرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، ولأنه يجب لتحقيق ارتباط القبول بالإيجاب أن يفهم كل منهما عبارة الآخر، وهنا قد تحقق عدم علم الموجب وفهمه عبارة القابل. ولأنه قد اشترط لتحقيق اتصال القبول بالإيجاب اتحاد المجلس، وقلنا إن الأحناف يرون أن خروج أحدهما من غرفة إلى أخرى أو حدث ما يدل على الإعراض ينتهى به المجلس. فذهاب حياة الموجب أو عقله يكون منهيًا له بالأولى .

هذا ما رأيناه دليلا لما قاله الفقهاء، أما المادة ٩٣ من القانون : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه. هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل، وقد فرق شراح القانون بين الإيجاب الموجود فعلا والموجود قانونًا ، ثم بين الإيجاب الملزم والإيجاب غير الملزم.

العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس:

هناك من العقود ما يحتاج إلى قبول، ويستحيل أن يكون هذا القبول في مجلس الإيجاب معتبراً، ولابد لاعتباره واتصاله بالإيجاب منه ظهوره في غير مجلس العقد، كما في عقد الوصية، فإن قبول الموصى له لا يعتبر، ولا أثر له إلا إذا صدر بعد موت الموصى مصراً على وصيته، إذ لا يظهر أثر الوصية وتكون في حاجة إلى قبول الموصى له إلا بعد وفاة الموصى.

وفي عقد الوكالة يجوز أن يكون قبول الوكيل في غير مجلس العقد كما يجوز أن يكون في مجلس العقد، وكذا الإيصاء؛ فإن التوكيل والإيصاء يصحان في غيبة الوكيل والوصي المعين، وإن تطلب تمام عقد الوكالة والإيصاء قبولهما فإنه يصح هذا القبول في غير مجلس العقد، وعلى كل فهذه غير عقود المعاوضات، ولذا تجدهم يقولون إن الأساس لانعقاد هذه العقود ليس هو القبول وإنما هو تحقق عدم الرد.

التعاقد «بالتليفون» المسرة أو الرسائل:

إذا تم الإيجاب بواسطة آلة التليفون، كانت المحادثة التليفونية مجلس عقد، وعلى ما أرى أن الفقهاء في الواقع لم تكن نظرتهم لمجلس العقد بأنه نفس المكان الذي يجتمعان فيه، وإنما يقصدون به أن يسمع كل منهما كلام الآخر من غير فارق زمني(١). فيأخذ العقد بين متحادثين في «المسرة» تبعًا لما تقدم حكم العقد بينهما في مكان واحد. فيكون قياسا على ما يراه الأحناف أن يعتبر الإيجاب قائما ما

(١) وإليك ما نقله الكمال ابن الهمام في الفتح جـ٥ ص ٧٨ «إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشترى صح». إلى أن قال « وفي الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز، وقيل يجوز بين الماشيين ما لم يفترقا بذاتيهما، ومنهم من يفسر التفرق بأن يبعد أحدهما عن الآخر بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة»

دامت المحادثة التليفونية قائمة، وإلا إذا عاد الموجب فى إيجابه أو ظهر منه ما يدل على الإعراض، وإن كان لم يرد نص فقهى بذلك.

والقانون فى المادة ٩٤ «وإذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعاداً للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل» واعتبره رجال القانون مجلس عقد حكمياً[(١)].

أما إذا كان التعاقد بين المتعاقدين بطريق الرسائل أو الرسول فإن مجلس قراءة الرسالة أو علمه بما فيها أو تبليغ الرسول هو المجلس الذى يعتبره الفقهاء مجلس التعاقد إذ فيه اتصل القبول بالإيجاب. ويسمى مجلس العلم ولا عبرة بمجلس الإرسال والكتابة، ويعتبر تبليغ الرسول كتبليغ المرسل وكذا قراءة الرسالة. وقالوا إن مجلس الإخبار يعتبر مجلس عقد وبمجرد تمام القبول تم العقد وانعقد[(٢)]. لكن القانون فى المادة ٩٧ «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك».

وتنص الفقرة الثانية «على أن يفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول»[(٣)].

فإذا بلغ الرسول الرسالة فأعرض المرسل إليه، أو حدث منه ما أنهى المجلس ثم قبل فلا ينعقد العقد بهذا الإيجاب لانتهاء المجلس، لكن إذا بلغ الرسول الإيجاب فقبل المرسل إليه، تم اتصال القبول بالإيجاب. أما إذا بلغ الرسول

(١) الوسيط ص ٢٢٤.

(٢) فى الهداية جـ٣ ص ١٧ : الكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة.

(٣) وقد تكلم الدكتور السنهورى فى ذلك كثيراً وأبان المذاهب والآراء الواردة فى هذا الموضوع وقال أخيراً إن القانون الجديد لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسى من أن الإرادة لا تنتج أثرها فى الوقت الذى تتصل فيه بعلم من وجهت إليه » وعلى كل فالمسألة محل نظر : الوسيط ص ١٣٢ - ٤٩.

الرسالة وترك المجلس قبل أن يجيب الآخر أو يظهر منه ما يدل على الإعراض ثم قبل المرسل إليه فإن القبول يكون قد اتصل بالإيجاب، لأن مهمة الرسول ليست إبطال الإيجاب، وإنما هى إنشاء العقد.

وإذا كان التبليغ برسالة فالإيجاب قائم بقيام الرسالة. ولكن بعض الفقهاء يرون أن القبول يجب أن يكون فى مجلس القراءة فإذا قرأها ثم قام بعمل شئ آخر فلابد ليتصل القبول بالإيجاب عندهم أن يعيد قراءتها لأن الإيجاب يبقى قائمًا بقيام الرسالة وهذا فيما أرى تقيد بالشكليات.

وكذلك يصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغه للآخر وقبوله، سواء علم الآخر أو لم يعلم، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لايتصل القبول بالإيجاب، لأن القابل لم يتعلق حقه بالإيجاب إلا إذا اتصل به القبول[1] كما هو رأى الأحناف على ما بينا قبل.

ولنا أن نناقش القول المنسوب للأحناف باعتبارهم مجلس العلم بالرسالة مجلس العقد، ولو كان الأحناف صرحوا بأن مجلس علم صاحب الإيجاب بالقبول هو الذى يعتبر مجلس عقد لكان أدق وانطبق مع ما قالوه من اشتراط سماع كل منهما عبارة الآخر حقيقة أو حكما[2] وعلى ما نراه يكون للقابل أيضا الحق

---

(١) فتح القدير جـ٥ ص ٧٩، البدائع جـ٥ ص ١٣٨، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٤ ص ١١ .

(٢) نقل الدكتور محمد وحيد سوار فى رسالة التعبير عن الإرادة ص ١١٨ - ١٢٣ عدة نقول عن الأحناف فى الموضوع وفهم منها جازمًا أن الأحناف يعتبرون مجلس علم القابل بالإيجاب هو المجلس الذى يتم معه العقد - وقد ناقشناه فى هذا فى جلسة المناقشة والحكم على الرسالة وإنا نشير إلى هذه النقول وحقيقة ما تفيده.

ففى حاشية يعقوب على شرح الوقاية مخطوط ص ٥١ «وشرط سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكما، لأن الكتاب كالخطاب» وفى ذخيرة العقبى شرح صدر الشريعة لأخى جلبى ص٩١ «وشرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر حقيقة أو حكما» وفى نقد الدر لمصطفى الوافى مخطوط ص ٩٢ «وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر حقيقة أو حكما... لأن الكتاب كالخطاب عند الغيبة»، وفى مجمع الأنهر جـ١ ص ٣٢٠ «وشرط لصحة النكاح سماع كل من=

فى الرجوع عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول ولا ضير على الموجب فى هذا ما دام لم يعلم بشىء من قبل.

= العاقدين لفظ الآخر حقيقة أو حكما» وفى رد المحتار جـ٢ ص ٢٧ «قوله سماع كل : ولو حكما كالكتاب إلى أغائب» وفى التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبد القادر الرافعى جـ ١ ص ١٨٠ استظهار ما يؤيد ما فهمه صاحب الرسالة. فجميع هذه النقول عدا الأخير جاءت مصدرة بقاعدة صريحة فى وجوب سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكما وقد مثلوا للسماع الحكمى بالكتاب إلى الغائب. وقالوا لأن «الكتاب كالخطاب» وقالوا «لأن قراءته قائمة مقام الخطاب» وكانت مهمة التمثيل مجرد التصوير لا الاستقصاء اكتفاء بأصل القاعدة «وجوب سماع كل منهما عبارة الأخرة حقيقة أو حكمًا».

والذى فهمناه وقلناه فى كتابنا الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٤ قاله أيضًا الأستاذ مصطفى الزرقا فى كتابه الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ص ٣١٤ «والرأى الفقهى فى الإيجاب والقبول بالكتابة بين غائبين أن حكمهما يبدأ عقب وصول الكتاب وقراءته» وقد وقف الدكتور السنهورى من ذلك فى كتابه مصادر الحق جـ٣ ص ٥٧ موقف الحيطة فى إبداء الرأى وقال إن ظاهر النصوص يشير إلى أن العقد بين الغائبين يتم بإعلان القبول دون توقف على علم الموجب به، وأن الفقهاء لم يواجهوا وجوب علم الموجب بقبول القابل الغائب مواجهة صريحة».

لكن الدكتور محمد سوار يقول فى ص ١١٨ « إن الفقهاء يجمعون على أن العقد بين غائبين ينعقد بمجرد القبول» ويقول فى ص ١٢٣ «وواضح مما أثبتناه فى المتن أن الإجماع فى الفقه الإسلامى على أن العبارة فى حالة القبول تنتج أثرها عند صدورها لا عقب وصولها» ولا سند لهذا الإجماع المدعى إلا استظهار الرافعى فقط إذ النقول الأخرى لا تفيده على ما بينا ولعل سيادته فى فهمه وجزمه كان متأثرًا بالتقنين السورى الذى اكتفى لانعقاد العقد بين الغائبين بمجرد إعلان القبول دون توقف على علم صاحب الإيجاب به المادة ٩٨.

المبحث الثانى

صيغة العقد وموافقتها للإرادة وأثره

العبارة والإرادة:

قال جمهور الفقهاء إن العقد ما يتم به الارتباط بين إرادتين ينتج التزامًا بينهما، كما قالوا إن الأساس فى العقود هو إرادة المتعاقدين فى الواقع، وهى أمر خفى لا تعرف إلا بما يظهرها من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكوّن الإيجاب والقبول ويطلق عليه صيغة العقد؛ ولذا لا تصلح الإرادة وحدها أن تكون مناطًا للأحكام رغم أنها أساس العقد لأنها أمر خفى، ولا مظهر له إلا الصيغة الدالة عليها والتى هى مظهر الحكم.

وإظهار الإرادة بالعبارة أو ما يقوم مقامها ليس مجرد دليل للإثبات وإنما هو عنصر مقوم وجزء جوهرى لا ينفصم عن مجموع الظروف التى تتألف منها التصرفات القانونية فهو ليس إعلانًا عن تصرف موجود، وإنما هو ذو قيمة خاصة(١).

وعلى هذا لو عزم شخص فى نفسه على الشراء أو الزواج أو الطلاق أو الوقف دون أن يظهر هذه الرغبة الخفية أو هذا العزم الباطنى بصيغة تدل على مكنون النفس، أو يظهرها بكتابة أو إشارة فلا يلتزم بشىء من ذلك قضاء إذ لا يمكن معرفته إلا بما يظهره لقول الرسول «إن الله تجاوز عن أمتى ما وسوست به صدورها ما لم تعمل أو تتكلم» (٢).

---

(١) التعبير عن الإرادة للدكتور محمد وحيد سوار ص ٤٤ - ٤٩.

(٢) وفى شرح العينى على البخارى جـ١٣ ص ٨٨ « أن ابن العربى ذهب إلى ان المراد بالكلام المقصود فى الحديث هو الكلام النفسى إذ هو الكلام الأصلى إذ القول الحقيق هو الموجود بالقلب الموافق للعلم فيقع الطلاق بمجرد العزم دون أن يتلفظ به صاحبه وحكاه عن رواية أشهب عن مالك فى الطلاق والعتق والنذر، واستدل لذلك بأن اللسان معبر عما فى القلب فما كان يملكه الواحد كالطلاق والعتق والنذر كفى فيه العزم، وما كان من التصرفات بين اثنين لم يكن بد من=

ويقول السرخسى[(١)]، «وإن ما يكون بالقلب فهو نية، والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ ولا الإجارة كما لا ينعقد بها أصل العقد» ويقول ابن القيم[(٢)] «لم يرتب الشارع أحكامًا على مجرد ما فى النفس من غير دلالة قول أو فعل . . . ولو رتب عليها الأحكام لكان فى ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة، وعلى هذا درج القانون» [(٣)].

على أن العبارة إنما تكون مناط الأحكام ما دامت تطابق الإرادة لأنها المظهرة لها والكاشفة عنها(٤).

أما إذا اختلفت العبارة عن الإرادة فإن الأمر يختلف إذ نكون على حد التعبير القانونى بين نظرتين:الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، وهذا ما سنتناوله فى المبحث التالى.

= ظهور القول ، وقد ردوا عليه بأن الزوج إذا عزم على الظهار لم يلزمه إجماعًا ما لم يظهر هذا العزم، وأن من حدث نفسه بالقذف لم يكن قاذفا، ومن حدث نفسه وهو يصلى كانت صلاته مجزئة وسقط عنه الواجب ولو كان المراد بالكلام كلام النفس لتم الظهار وتحقق القذف وفسدت الصلاة، وكذلك فإنه جاء فى شرح الحطاب جـ٤ ص ١٠١ « إن الرجعة تصح بمجرد النية والعزم» وقد أشار إلى هذا الدكتور محمد وحيد سوار فى رسالة التعبير عن الإرادة ص ٣٧ - ٣٨.

(١) المبسوط جـ ١٣ ص ٤٦، وراجع أيضًا البدائع جـ ٣ من ١٦١، ابن عابدين جـ٤ ص ١٣، الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٨٥ الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٤٠ .

(٢) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٩٢ / ٩٣ .

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٠ « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا. كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود» ويقول الدكتور حشمت أبو ستيت فى كتابه نظرية الالتزام. مصادر الالتزام ص ٢٣ «على أن الإرادة حتى لو اتجهت إلى إحداث أثر قانوني لا يمكن أن يعنى بها القانون ما بقيت عزمًا منعقدًا وإنما هو يعنى بها متى برزت إلى العالم الخارجى وعلم بها غير صاحبها وهذا إنما يتحقق بالتعبير عنها».

(٤) يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين جـ٣ ص ٩٣ « إن الله رتب على الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتبها على مجرد ما فى النفوس من غير دلالة قول أو فعل، ولا على مجرد الألفاظ مع العلم بأن المتكلم لم يرد معانيها ولم يحط بها علمًا».

صيغة العقد:

الصيغــة هى ما تظهر الإرادة من لفظ[(١)] أو ما يقوم مقامـه، أو هى مجموع قول البائع مثلا بعت هذه السيارة بألف جنيـه وقول المشترى قبلت، أو قول الملتزم أوصيت بكذا أو أوقـفت كذا. أو طلقت زوجتى، وهكذا بالنسـبة لسائر العـقود والالتزامات.

ولابد أن تكون الصيغة واضحة وقاطعة دون شك وليست مجرد عدة بالتزام أو مساومــة وإلا كانت نية الارتباط متفيــة إذ التردد يكون فى حكم الرفض، ولذا فإن الفقــهاء يقرون أن مجرد الوعـد بالبيع لا يتم معه عقـد ولو قبل الطرف الآخر قبولا باتًّا، ولا يلتزم به صاحبه قضاء.

هذا وقد تكون الصيغة باللفظ، كمـا تكون بالكتابة أو بالإشارة أو بالأفعال، أى بكل ما يظهر الإرادة ويكشفها على تـفاوت بين العقود فى هذا، واختلاف بين آراء الفقهاء وإليك بيانه.

الألفاظ ولغة التعاقد:

العبارة اللفظية هى الأصل فى كشف المقاصد وإظهار الرغبات، وهى الطريق الطبيعى للـتفاهم بين الناس، ولذا كان الأصل فى التـعاقد هو عبارة المتـعاقدين إذ المعانى الـتى فى النفس لا تنضبط إلا بالألفـاظ التى جعلت لإبانة مـا فى القلب إذ الأفعال من المعاطاة ونحوها تحتمل وجوها كثيرة[(٢)].

وينعقد العـقد بلغة التخـاطب المفهومة لدى المتـعاقدين مباشــرة أو بالوساطة اللفظية الدالة على إرادة كل منهما دلالة واضحـة على نوع العقد الذى يرغبان فى انعقاده، إذ العقــود مختلفة من ناحية موضـعها وغايتها فـلا يمكن إلزامهما إلا بما وضحت رغبتهما فى التزامه.

---

(١) اللفظ هو الصوت المشتمل على بعض الحروف ويصدره الإنسان.

(٢) القواعد النورانية الفقهية ص ١٠٤ - ١١٥ .

ففى المبادلات المالية يجب أن يستعمل مثلا لفظ البيع أو أى لفظ يفيد معنى تمليك الأعيان بعوض، وفى المبادلة على المنفعة يجب استعمال لفظ يفيد ذلك كالإجارة، فلا فرق بين أن يكون اللفظ قد استعمل فى حقيقته اللغوية أو استعمل مجازيًا ما دام المقصود واضحًا(١). هذا هو الأصل بالنسبة للعبارة فى كل العقود والالتزامات من بيع وإجارة ورهن وهبة ووديعة وقرض وعارية ووقف وغير ذلك فإنها تتم بأى لغة(٢) يفهمها المتعاقدان، ويستوى فى ذلك أى لفظ ما دام يفى بالغرض عن الإرادة(٣)، وأدل لفظ على

(١) أما إذا كان اللفظ المستعمل فى الإيجاب يحتمل أحد عقدين وجب حمله على الأدنى التزامًا أخذًا بالأحوط والأيقن إذ لا يسوغ الإلزام بما لم يتحقق القصد لالتزامه فلو قال إنسان لآخر حملتك على هذه الدابة أو أعتتك بهذا المبلغ، أو خذ هذا الكتاب كان إعارة فى الدابة والكتاب أو وديعة فيه وقرضا فى المبلغ حملا على أدنى احتمال للفظ إلا إذا قامت قرينة على قصد الهبة - الدر المختار جـ٥ أشار إليه الأستاذ الزرقا فى كتاب الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد جـ١ ص ٣٠٥ .

(٢) خلافًا للإمامية الاثنى عشرية فإنهم يشترطون لصحة عقود المسلم إذا كانت صيغة العقد لفظية أن تكون باللغة العربية ما دام المتعاقدان يعرفانها.

(٣) الفتح جـ٥ ص ٧٦ فى أن الأحناف يقولون فى عقد الزواج إنه يتم بأى لفظ يدل على تمليك الأعيان فى الحال بعوض أو بغير عوض ما دام يفيد الدوام ولا يفيد التأقيت أو الإباحة، إذ العبرة عندهم بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى، كما أجازه المالكية والحنابلة بلفظ الهبة ويرى الآخرون أنه لما فى عقد الزواج من معنى التعبد يجب لانعقاده استعمال لفظى نكح، وزوج وما يشتق منهما لمن يعرف اللغة العربية، أما بالنسبة لمن لا يعرف اللغة العربية فيتم العقد بالعبارة التى تؤدى الغرض المقصود وتنتج هذا المعنى وإلا فلا ينعقد، واستدلوا على وجهة نظرهم بأن الزواج لم يذكر فى القرآن إلا بهذين اللفظين وما يشتق منهما. راجع مواهب الجليل جـ٣ ص ٤٢٠ كشاف القناع جـ ٣ ص ١٩ المغنى جـ ٦ ص ٥٣٣ وما بعدها إذ يقول : « لو قال زوجتك ابنتى فقال قبلت انعقد النكاح» وقال الشافعى فى أحد قولين لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح. . . ثم يقول وينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج سواء اتفقا من الجانبين أم اختلفا دون غيرهما وهو قول الشافعى وعند الآخرين ينعقد بذلك إذا ذكر المهر، ثم يقول: ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها، وهذا أحد قول الشافعى، وعند أبى حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص».

ورد الأحناف عليهم بأن الزواج فى القرآن بغير هذين اللفظين وما يشتق منهما، قال تعالى فى سورة الأحزاب « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين» فعبر عن الزواج بلفظ الهبة، والذى اختص به الرسول ﷺ هو زواجها به من غير مهر راجع فتح القدير جـ٢ ص ٣٤٧ والمغنى جـ ٦ ص ٥٣٢ وأما قولهم إن عقد الزواج فيه معنى التعبد فإن التصدق والإعتاق أظهر فى التعبد من الزواج ولا خلاف فى جوازهما بأى لفظ يظهر هذه الرغبة، ولأن العبارة لم تكن إلا لإظهار هذه الإرادة وإبرازها فى الخارج ليتعرفها الآخر ويتم هذا بأى لغة ما دام اللفظ قاطعًا فى الدلالة على المعنى المراد ومفهوما لدى المتعاقدين.

إنشاء العقد[١] هو الفعل الماضى لأنه يكون قاطعًا فى الدلالة على تمام الإرادة والرغبة لا مجرد الوعد، وإن كان ينعقد بالجملة الاسمية وحرف الجواب والمضارع والأمر إن أريد بهما الحال وانصرفا عن حدوث الشيء فى المستقبل فتقول بعت، واشتريت، كما تقول أنا بائع ويعنى وأبيعك. وإن كان في الكلام ما يدل على إرادة البيع فى الحال لا فى الاستقبال، وهكذا بالنسبة لسائر العقود، غير أن بعض فقهاء الأحناف فى كتاباتهم يتجهون إلى عدم صلاحية فعل الأمر مطلقًا فى عقود المعاوضات التى هى محل للمساومات، وصلاحيته فى غيرها. فيمنعون البيع بلفظ بعنى ويجيزون الزواج بلفظ زوجنى، ويعللون ذلك بأن صيغة الأمر غير قاطعة فى الدلالة على إنشاء العقد فعلا، وخصوصًا أن المعاوضات تحتمل المساومة[٢].

التعاقد بالكتابة :

ويجوز التعاقد بالكتابة لأنها السبيل الثانى الذى يقطع فى الدلالة على الإرادة، سواء أكان المتعاقدان يقدران على التلفظ أم يعجزان معًا، أم أحدهما، وسواء أكانا فى مجلس واحد[٣] أم كان التعاقد بين حاضر وغائب ما دامت الكتابة

(١) البدائع جـ٥ ص ١٢٣، الدر المختار جـ ٤ ص ١٠ وما بعدها وجـ ٢ ص ٢٨٥ وما بعدها، الفتح والعناية بهامشه جـ ٥ ص ٧٤، جـ ٣ ص ٣٤٥ وما بعدها، المبسوط جـ ١٢ ص ١٠٨ ، ١٠٩، المغنى جـ ٣ ص ٥٦٠ وراجع تفصيل الموضوع فى التعبير عن الإرادة للدكتور محمد وحيد سوار من ٣٠٥ - ٣٦٩.

(٢) يقول صاحب المبسوط «ينعقد البيع بلفظين هما عبارة عن الماضى ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل لا ينعقد عندنا بخلاف النكاح، والشافعى يسوى بينهما باعتبار أن كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين - والفرق عندنا أن الزواج يتقدمه خطبة عادة أما البيع فيقع بغتة، ولأن قول الرجل لها زوجينى نفسك تفويض منه لها فيجعل قولها زوجت عقدًا تامًا لأن كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين فى النكاح إذا كان مأمورًا به وفى البيع لا يتأتى، وسيأتى بيان هذا الفصل، وأرى أن عقد الزواج ليس فيه معاوضة إذ المهر شرط يلتحق بالعقد لا فى مقابلة البضع فهو يختلف عن عقود المعاوضات كل الاختلاف راجع تفصيل ما أراه فى كتابنا الزواج والفرقة وآثارهما فى الفقه الإسلامى.

(٣) المالكية والحنابلة لا يفرقون بين التعبير باللفظ أو الكتابة لأنها أداة تعبير عن الإرادة فقط أما الشافعية فى قول لهم على أن التعاقد بالكتابة بين الحاضرين لا يصح إلا عند العجز - الدسوقى على الدردير جـ ٣ ص ٣، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٨ .

واضحة مفهومة مستبينة[1]، وسواء فى ذلك أى لغة يكتبون بها ما دام يفهمها المتعاقدان، ويشترط الظاهرية لصحة العقود أن تكون باللغة العربية لمن يعرفها، وقالوا إن العقود جميعها فى ذلك سواء، ولم يستثنوا منها سوى الزواج فلم يجيزوه بالكتابة عند التمكن من التلفظ لاشتراط الإشهاد والإشهار، والرغبة فى الإشهار زيادة فى الاحتياط لخطر ما يترتب عليه من آثار قوية تتعلق بالأعراض والأنساب ولتحقيق العلانية على أنه إذا كان بين غائب وحاضر صح الإيجاب بالكتابة واشترط فى القبول أن يكون باللفظ فلا يكفى فيه الكتابة وحدها[2].

التعاقد بالإشارة:

إذا كان المتعاقد لا يستطيع النطق لأنه أخرس فيصح عند الأحناف أن يتم التعاقد بينهما بالإشارة المعهودة التى اعتاد الناس فهمها منه على تعبيره عن هذه الإرادة لأنها أداة تفهيم بالنسبة له، هذا إذا ولد أخرس، أما إذا طرأ عليه الخرس فلا تعتبر إشارته فى التعاقد فى غير التافه من الأمور إلا إذا دام الخرس حتى وقع اليأس من كلامه.

أما بالنسبة لمن يستطيع التلفظ فالأحناف والشافعية على أن العقد لا ينعقد بالإشارة فى غير التافه لأنها مهما قويت دلالتها فهى لا تفيد اليقين الذى ينتج من

(١) الكتابة على ثلاثة أنواع: مستبينة وهى ما لها بقاء بعد الفراغ منها ويمكن قراءتها وهذه هى المعتبرة إلا إذا كانت على وجه الخطاب كأن يكتب «امرأته طالق» فإن اعتبارها يتوقف على النية وفى البدائع جـ٤ ص ٥٣ «الكتابة المستبينة بمنزلة اللفظ إلا ان فيها إبهامًا إذ قد يقصد بها مجرد تحسين الخط، ولذا افتقرت إلى النية». الثانى كتابة غير مستبينة وهى ما ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها كالكتابة فى الهواء والماء وجمهور الفقهاء على عدم اعتبارها ولا ترتيب أثر عليها وخالف البصرى والشعبى لأن الشخص عبر بها عن إرادته.

الثالث الكتابة المرسومة وهى مستبينة على وجه المخاطبة والرسالة ومعنونة برسم المرسل إليه وهذه معتبرة حتى لو قال : إنى لم أقصد بها التزامًا.

(٢) وفى الدر المختار جـ٢ ص ٢٧٣ ويقول ابن عابدين «فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد وكذا لو قالت قبلت، بخلاف ما إذا كان فى جهة أخرى فكتب لها بالإيجاب فأحضرت شاهدين وقرأته عليهما وقالت إن فلانًا كتب يخطبنى فاشهدا أنى زوجت نفسى منه، فإن العقد يصح».

التلفظ أو الكتابة[١]. لأن دلالة التصريح أقوى من الدلالة الضمنيـة كما هو متفق عليه، ومع هذا فإن الأحناف قد اعتادوا بها فى بعض المواضع[٢].

والفقه المالكى[٣]، يعتبر الإشارة أداة للتعاقد حتى بالنسبة لغير الأخرس مادامت مفهومة بين الناس ومتعارفًا بينهم على مدلولها، وناقشوا الأحناف خاصة لأنهم أجازوا التعاقد بالأفعال. وقالوا إن التعاقد بالإشارة أولى من التعاقد بالأفعال لأن الإشارة يطلق عليها أنها كلام، قال تعالى: ﴿ **آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا** ﴾[٤]، ويفهم هذا من الفقه الحنبلى أيضًا[٥].

والمادة ١٢٨ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ تنص على أن « إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة»،

---

(١) البدائع جـ٥ ص ١٣٥ الأشباه والنظائر للحموى ص ١٨٨ وراجع أيضًا ابن عابدين جـ٤ ص ١٠ وراجع المغنى جـ ٦ ص ٣٥٤ .

(٢) فقد اعتبروها مرجحة على الوصف فيما إذا اتحد الجنس كمن اشترى هذه البقرة الحلوب فتبين أنها غير حلوب فإن العقد يتعلق بالإشارة على ما سنبينه عند الكلام عن عيوب الإرادة، واعتبروها أداة إظهار فيحنث إذا حلف ألا يخبر فلانًا بهذا الأمر ولما سأله أشار برأسه كما فى البدائع جـ٣ ص ٥٣، وابن عابدين جـ ٣ ص ١٤٣، كما اعتدوا بها إذا تعلقت بها العبارة كأن يقول لامرأته أنت طالق هكذا وأشار بأصبع واحد، ومن ذلك قول الرسول: الشهر هكذا وهكذا وأشار بيديه، كما اعتدوا بها فى الكفر والإسلام والنسب والإفتاء - ابن عابدين جـ٤ ص ٩ وراجع التعبير عن الإرادة للدكتور محمد وحيد سوار ٢٢٥ - ٢٣٧.

(٣) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٢٩. كما روى عن مالك أن عقد الحوالة يصح بالإشارة ولو من الناطق. راجع الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام الفقه الإسلامى للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم.

(٤) سورة آل عمران جـ ٣ ص ٤١ .

(٥) وفى المغنى جـ ٣ ص ٥٦٢ : «لأن الإيجاب والقبول إنما يلزمان للدلالة على التراضى فإذا وجد ما يدل عليه قام مقامهما وأجزأ عنهما».

والمادة ٩٠ من القانون المدنى تنص « والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا» فلم تقيدها المادة بالخرس(١).

التعاقد بالأفعال:

وهو عبارة عن الأخذ والإعطاء كما يقول الكاسانى أو هو التعاطى من غير إيجاب ولا استيجاب كما يقول أحد المالكية(٢). وهذا كأن يعرض تاجر بضاعته ويحدد ثمنها ، فتأخذ شيئا وتدفع ثمنه المحدد، وكأن تركب سيارة وتدفع الأجرة للعامل، وكأن تأخذ الصحيفة من البائع وتعطيه الثمن أو تضعه له، ومثل الميزان (الآلى) فإنك إذا وضعت قرشًا فى ثقبه ووقفت على القاعدة، فإنه يظهر لك الوزن مكتوبًا. ومجرد وضع الميزان والسلعة وسيارة الأجرة وإعدادها لهذا الاستغلال هو نفسه إيجاب ضمنى صادر من صاحبه. واستعمالك لها تعتبر قبولا ضمنيًا أيضا لهذا الإيجاب فيتم بذلك العقد، وصورة التعاقد بالأفعال فى التبرعات أكثر وضوحا، ومن ذلك أن تعطى فقيرا قدرًا من المال فيأخذه منك دون أن يتلفظ أحدكما أو يكتب أو يشير، وأن يقدم شخص لزوجته هدية فتقبلها دون تلفظ(٣) وعلى هذا فإن التعاقد بالأفعال يتصور فى المعاوضات المالية والتبرعات.

ويشترط لصحة التعاقد بالتعاطى عند من أجازه أمران: تحقق الرضا، وحدوث الأخذ والإعطاء، فإن ظهر على وجه أحدهما ما يدل على الرضا دون

---

(١) وقال شراح القانون : التعبير لا يخضع كقاعدة لشكل ما، فيستطيع المتعاقد أن يعبر عن إرادته بما يروقه إلا إذا قضى القانون أو الإنفاق بغير ذلك - فكل ما يعنى به القانون هو أن تبرز الإشارة إلى العالم الخارجى بصرف النظر على الأداة التى يقع بها التعبير، فيستوى أن يكون التعبير صريحًا (Expresse) أو ضمنيًا (Tacite) إلا حيث يتطلب القانون التعبير الصريح. راجع مصادر الالتزام فى القانون المدنى الجديد ص ٧٤ للدكتور حشمت أبو ستيت، وراجع أيضًا الوسيط للدكتور السنهورى فقد أفاض فى ذلك من ص ٢٧٩ .

(٢) البدائع جـ ٥ ص ١٣٤ الحطاب على مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٢٨ وفى الفتح والعناية جـ ٥ ص ٧٧ « لأن المعتبر هو المعنى، ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس وهو الصحيح، لتحقيق المقصود وهو التراضى» ويقول القرافى فى كتابه الفروق جـ ٢ ص ١٧٧ « ولما كان الرضا أمرًا خفيًا جعلت الصيغة والأفعال فى بيع المعاطاة قائمة مقامه لأنه يظن عندها».

(٣) راجع هذا المعنى فى رد المختار لابن عابدين جـ ٢ من التكملة ص ٣٩٩ .

حدوث التعاطى فلا يعتبر إلا أن يوجد منه الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الفعل[١].

والفقهاء فى عقود المعاطاة بين مانع وموسع، فالشافعية والشيعة فى أصل مذهبهما لا يعترفون بانعقاد العقد بالتعاطى لعدم وضوح الأفعال فى الدلالة على الإرادة، عدا التافه من الأمور كبيع الجريدة والرغيف.

والأحناف والمالكية والحنابلة[٢] يجيزون التعاقد بالتعاطى فى غير الزواج ولو من الطرفين ما دام موضوع العقد قد تعورف بين الناس التعاقد عليه بالتعاطى، سواء فى ذلك النفيس والتافه[٣]، وسواء فى ذلك البيع والإعارة والهبة والرجعة[٤]. ومع هذا قال ابن تيمية فى كتابه: إن أصل مذهب مالك وأحمد بن حنبل جواز التعاقد بالتعاطى مطلقًا سواء جرى به العرف أو لم يجر ما دام الفعل يقطع فى إظهار إرادة المتعاقدين، إذ الأساس هو تحقق الإرادة، وباعتبارها أمرًا خفيًا احتاجت إلى ما يظهرها فى الخارج فاعتبرت كل ما يظهرها أساسا، سواء فى ذلك اللفظ أم الإشارة أم الأفعال. أما عقد الزواج فالفقهاء متفقون على عدم جوازه بالأفعال ولو من جانب واحد كأن تقول المرأة للرجل زوجتك نفسى بمائة جنيه أمام الشهود فيدفع لها المهر دون أن يتكلم[٥] لما تحب فيه من الاحتياط لخطره وعظم أثره وفوق ذلك فكرامة المرأة تأباه.

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص ١٦، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٩ .

(٢) وفى المغنى جـ٣ ص ٥٦١، ٥٦٢ «بيع المعاطاة نص عليه أحمد وقال مالك: يقع البيع بما يعتقده الناس بيعًا. وبعض الأحناف يجيزونه فى خسائس الأشياء. والشافعى لا يجيزه. يدل على الجواز أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع إلى العرف، وقد تابع الناس بالمعاطاة فى كل العصور ولم ينكره أحد من قبل وكذلك الحكم فى الإيجاب والقبول فى الهبة والهدية والصدقة.
وراجع الزيلعى جـ٤ ص ٤، والروض النضير جـ ٣ ص ٣٠٥ وفى الأشباه للسيوطى ص ١٠١ ما يفيد جوازه فى التبرعات .

(٣) التافه هو الأشياء المحتقرة كالبيضة والرغيف، والنفيس ما كثر ثمنه، وحده بعضهم بما كان قدر نصاب السرقة الذى يقام فيه الحد، والخسيس ما دونه.

(٤) والرجعة هى أن يراجع الرجل مطلقته قبل انقضاء عدتها من طلاق مجرد رجعى راجع لنا الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما.

(٥) ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٧٨ واعتبر بعض الفقهاء هذا قبولا منه ينعقد به العقد. راجع الفتح جـ ٢ ص ٣٥٠ .

ويقول ابن تيمية وهو القاعدة أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، يدل على ذلك أصول الشريعة إذا اكتفى الشارع بالتراضى فى البيع فى قوله ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ وبطيب النفس فى قوله ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسًا فكلوه هنيئًا مريئًا﴾ فتلك الآية فى جنس المعاوضات. وهذه الآية فى جنس التبرعات ولم يشترط لفظًا معينًا يدل على التراضى وعلى طيب النفس، والناس تعلم التراضى وطيب النفس بطرق متعددة من الأقوال والأفعال، وقد دلل ابن تيمية على ذلك بجملة أدلة(١).

والقانون يجيز التعبير عن الإرادة بتعبير صريح باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، كما يصح بالتعبير الضمنى (٢).

إظهار الإرادة بالعبارة وتأكيدها بالكتابة.

وقد يريد المتعاقد أن يؤكد رغبته بكتابة العقد بعد انعقاده باللفظ أو الإشارة أو الفعل، فالفقه لا يمنع ذلك لأنه فوق ما فيه من تأكيد التعاقد فإنه يفيد في التذكرة والإثبات عند الحاجة، ولايكون المقصود حينئذ بكتابة العقد

---

(١) القواعد النورانية الفقهية الطبعة الأولى سنة ١٣٧٠ مطبعة السنة المحمدية من ١١٠ - ١١٥ .

(٢) يقول الدكتور السنهورى عند التعليق على المادة ٩٠ من القانون : « فعرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجابا صريحًا، ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا، مثل أن يتصرف شخص فى شيء ليس له، ولكن عرض عليه أن يشتريه، فذلك دليل على أنه قبل الشراء. إلخ». راجع الوسيط ص ١٧٦ وراجع ٢٢ ، ٢٢١. وكذلك ما كتبه الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٧٦ وما بعدها من نظرية الالتزام هل مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولا وينعقد به العقد ؟، ويقول الدكتور السنهورى. «إن السكوت فى ذاته مجردا عن أى ظرف ملابس له لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولا قبولا إذ الإرادة عمل إيجابى والسكوت شيء سلبى فالسكوت لا يكون تعبيراً ضمنيا إذ التعبير الضمنى يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليه اما السكوت فعدم، وأولى بالعدم ان يكون دلالته الرفض لا القبول».

وهو بهذا يوافق نظرية فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يقولون « لا ينسب لساكت قول» والسكوت قد يعتبر فى بعض مسائل كان يزوج الولى البكر وهى حاضرة فتسكت، وفى الوصية فإن سكوت الموصى له بعد موت الموصى عن القبول أو الرد حتى مات يعتبر السكوت قبولا. جاء فى الدر المختار جـ٢ ص ٣٢٦ والسكوت كالنطق فى سبع وثلاثين مسألة.

هو إنشاؤه إنما مجرد التذكرة والإثبات . وقد حبب الله ذلك إلي الناس في معاملاتهم(١)

ويقول الدكتور السنهوري في هذا"وأي مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية(٢)، سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً في شكل معين ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ولكن الكتابة في هذه الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة بل هى طريق لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها.

(١) بقوله ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلي أجل مسمي فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخري ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسئموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلي اجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدني ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾. سورة البقرة جـ ٣ ص ٣٧٢.

(٢) تنقسم العقود في القانون إلي : ١- عقود رضائية Contrat consensuel وهي التي تتم بمجرد تراضي طرفيها. وأصبحت الرضائية في العقود هي القاعدة في القانون الحديث. ٢-عقود شكلية Contrat solennel ، والعقود التي لابد لتمامها غير تراضي طرفيها من شكل مخصوص يحدده القانون مثل ما يشترط فيه التعبير أمام الموثق عن الإرادة عند الهبة والرهن الرسمي. والغاية من الشكلية هي في الغالب حماية المتعاقد نفسه من نفسه وتنبيهه إلي خطورة ماهو مقدم عليه. ومع هذا فالشكل ليس إلا مظهراً من مظاهر التعبير عن الإرادة لايمكن أن يغني عنها بحيث إذا انعدمت الإرادة أو شابها عيب فإن العقد الشكلي يقع باطلا أو قابلا للإبطال بخلاف الشكلية في القانون الروماني فإنها هي التي تكون العقد لا الإرادة. ٣- عقود عينية Contrat reel، وهي مايجب لتمامها فضلا عن تراضي طرفيها تسليم العين المعقود عليها، هذا وقد عرفت أن العقد في الفقه الإسلامي يتم بمجرد توافق الإرادتين. ومع هذا فهناك عقود لابد فيها من الإشهاد كعقد الزواج والطلاق عند من يري ذلك . وهناك عقود يتوقف تمامها علي التسليم كالهبة.

المبحث الثالث

عدم مطابقة العبارة للإرادة وأثره

اختلاف العبارة عن الإرادة:

إذا اختلفت الصيغة عن الإرادة[١] وقامت القرينة القاطعة على هذا فهل يتبع الحكم الإرادة مع أنها أمر خفى أم ينبنى على العبارة الظاهرة مع أن القرينة تفيد أن الشخص لم يرد ما أظهرته العبارة وإنما قد صدرت منه هذه العبارة بغير قصد كعبارة المجنون والصبى ومن فى حكمهما، وكعبارة من يردد كلام غيره من غير أن يقصد معناه، أو تكون قد صدرت منه العبارة مع فهم مدلولها تحت ضغط وإكراه أو لمجرد التظاهر أمام الناس دون إرادة للعقد؟ أو لم يكن لا هذا ولا ذاك وإنما كانت الألفاظ التى استعملها فى عبارته تنبئ عن الإرادة إلا أنها وضعت فى اللغة لتفيد شيئاً آخر، أو كانت العبارة تنبئ عن الإرادة، ويفهمها، وأصدرها من غير إكراه أو تفاخر وإنما قصد من وراء ذلك الوصول إلى شىء محظور شرعاً وقصد بهذا التحايل للوصول إلى المحرم عن طريق عقد مشروع.

الفقهاء فى هذا بين مدرستين: الشافعى ويغلب على طابعه الأخذ بالإرادة الظاهرة، وباقى الفقهاء ويغلب على طابعهم الاتجاه نحو الإرادة الباطنة. وإليك تفصيل كل هذا.

إذا اقترن بالعبارة ما يدل على عدم قصد إنشاء التزام بها كانت لاغية ما دام قد ثبت أنها لا تمثل إرادة المعبر لأنه لا يقصدها مطلقاً، أو يقصدها لا باعتبارها منشئة لالتزام، على التفصيل الآتى:

---

(١) راجع فى هذا جميعه كتب أصول الفقه: شرح المنار من ٩٤٣ - ٩٩٦. كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام للبزودى جـ ٤ من ص ١٤٥٠ «العوارض المكتسبة».

لا يقصد العبارة مطلقا:

ومن ذلك عبارة المجنون والمغمى عليه، والواقع تحت تأثير التنويم المغناطيسى والصبى غير المميز[1] فعبارة هؤلاء لا تفيد أى التزام، لأنها لا تعبر أصلا عن إرادة معتبرة رغم وجود الصيغة.

فالإرادة الحقيقية منعدمة منهم لانعدام التمييز الحقيقى فى المجنون والصبى غير المميز، ولانعدام التمييز الحكمى، كما فى حالتى المغمى عليه والواقع تحت التأثير المغناطيسى، وفى هذه الحالات يقول الرسول «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصبى حتى يكبر». وفرع الفقهاء على هذه الصورة حكم عقد السكران والمخطئ والناسى.

أولا - السكران: وهو الذى لا يعى ما يقول، وإرادته وهو سكران منعدمة[2]، ولا عبرة لعبارته المنشئة التزاما عند أحمد بن حنبل وبعض فقهاء المذاهب الأخرى لأنها لا تعبر عن إرادة صحيحة، والسكر قرينة ذلك؛ فهو حين التلفظ أو ما يقوم مقامه كان مسلوب الإرادة. ويستوى فى ذلك كل العقود عندهم، فلا يلزم بيعه ولا يقع طلاقه وهكذا بالنسبة لسائر الالتزامات[3].

---

(١) الفتح جـ ٣ ص ٣٨.

(٢) السكر أحد عوارض الأهلية المكتسبة، وهو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله، ولهذا بقى السكران أهلا للخطاب. وقيل هو غفلة تلحق الإنسان مع فتور الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض وعلة. وقيل هو معنى يزول به العقل عند مباشرة بعض الأسباب المزيلة، وعلى هذا يكون توجيه الخطاب له أمراً حكمياً تابعاً بطريق الزجر المباشر عن المحرم. راجع كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٧٢.

(٣) يقول ابن قدامة «فى طلاق السكران روايات: قيل يقع، وقيل: لا يقع وفى رواية توقف عن الإجابة لتعارض الأدلة فيقع عند مالك والشافعى فى أحد قوليه، وأبى حنيفة وصاحبيه وكثير من الفقهاء الأئمة - ولا يقع وهو رأى عثمان رضى الله عنه ومذهب لمحمد بن عبد العزيز والليث، يقول ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه، وقال أحمد بذلك لأن السكران زائل العقل أشبه بالمجنون والنائم ولأنه مفقود الإرادة فأشبه المكره...»، ثم يقول «والحكم فى عتقه ونذره وبيعه وشرائه وإهدائه كالحكم فى طلاقه لأن المعنى فى الجميع واحد» راجع المغنى جـ ٧ ص ١١٤ إلى ١٦٦... لكن التكاليف بالنسبة له قائمة فتلزمه الأحكام الشرعية ويأثم بتأخير الواجبات الدينية عن أوقاتها ولا تسقط عنه عقوبة جريمته فيقتص منه إذا قتل ويحد إذا زنى.

وروى الكاساني[١] أنه قول عثمان وبه أخذ الطحاوي والكرخي. وهو أحد قولي الشافعي. قاسوه على من زال عقله بالبنج والدواء وعلى ما اتفقوا عليه من عدم صحة ردته حاله سكره. المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه لا يقع طلاق السكران والمكره.

أما جمهور الفقهاء[٢]فإنهم استثنوا عبارة السكران زجراً له وردعاً لغيره. وجعلوها ملزمة في كل العقود والالتزامات، وفرق بعض الفقهاء بين السكر بمحرم ما دام أقدم عليه مختاراً عالماً به، فألزموه بعبارته في سائر التصرفات ويبقى مخاطباً بالتكاليف الشرعية[٣] لأن عقله قائم، غاية الأمر أنه عرض له فوات فهم الخطاب بمعصية منه؛ ولأن فعله هذا جريمة، والجريمة لا ينبغي أن يستفيد منها من أجرم بها،واختار زفر وكثير من الفقهاء عدم وقوع طلاقه[٤]. وأما من تغيب عقله بغير محرم كالواقع تحت تأثير البنج أو ما شابه ذلك، فلا يلتزم بأي شيء ينتج عن عبارته وهو في غير وعيه وطبيعته لقيام عذره وانتفاء قصده[٥].

---

(١) البدائع جـ ٣ ص ٩٩.

(٢) الفتح والعناية جـ ٣ ص ٤٠٠، وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٠ والأشباه للسيوطي ص ١٤١.

(٣) المكلف: هو الشخص الذي تعلق خطاب الله بفعله، ولا يعتبر الشخص مكلفاً إلا إذا كان أهلا لما يكلف به، أي قادراً على فهم ما يوجه إليه متصوراً له بالقدر الذي يتوقف عليه الامتثال، والقدرة على الفهم لا تتحقق إلا بالعقل إذ هو الوسيلة إلى الفهم والإدراك، ولما كانت مراتب العقل متفاوتة ولا تصلح كلها لأن تكون مناطاً للتكاليف جعل الشارع العقل عند البلوغ مناطاً للتكاليف.

(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٤٥.

(٥) ويقول البزودي جـ ٤ ص ١٤٧٢ «السكر نوعان: سكر بطريق مباح وسكر بطريق محظور. أما السكر بالمباح مثل من أكره على شرب الخمر فإنه يحل له، وكذلك المضطر إذا شرب منها ما يرد به العطش فسكر به، وكذلك إذا شرب دواء فسكر به مثل البنج والأفيون، وكذلك على قول أبي حنيفة إذا شرب شراباً يتخذ من الحنطة والشعير والعسل فسكر منه فإنه لا تسرى عليه عقوبة الجلد على قول الإمام في ظاهر الجواب. فإن السكر في هذه المواضع بمنزلة الإغماء يمنع من صحة الطلاق والعتاق وسائر التصرفات؛ لأن ذلك ليس من جنس اللهو، وفي المبسوط للسرخسي «لا بأس أن يتداوى الإنسان بالبنج فإذا أراد أن يذهب عقله منه به فلا ينبغي له أن يفعل ذلك لأن الشرب على قصد السكر حرام» وفي حاشية كشف الأسرار تفصيل ما يعتبر خمراً يجب معه الحد وتبطل التصرفات، وما لا يعتبر خمراً، وهذا محل اختلاف في وجوب الحد على من سكر به ونفاذ تصرفاته.

وما ذهب إليه ابن حنبل ومن وافقوه من إهدار عبارة السكران وعدم إلزامه بها مع مؤاخذته فيما عدا ذلك من التكاليف ومعاقبته على ما يرتكب من جرائم رأى سديد، لأن من يلزمه بقوله إنما يعاقبه زجراً له وردعاً لغيره مع اعترافهم بأن السكران حينما باشر ما يلزمونه به لم تكن له إرادة صحيحة، ومع أن الله سبحانه وتعالى حدد عقوبة السكر، وليس منها إلزامه بعقوده، فوق أنه فاقد الإرادة والاختيار والعقود والالتزامات إنما تتوقف صحتها على استقامة القصد وصحة الإرادة، وشئ من ذلك لا يتحقق مع السكر أيًا كان نوعه أو سببه[١].

ثانياً ـ المخطئ والناسي: إذا أخطأ شخص أو نسى وتلفظ بعبارة تحدث التزاماً فابن حزم والشافعي وأحمد والمالكية في الطلاق[٢] يرون أن عبارته غير ملزمة لأنه ما كان يقصد ذلك ولا يرغب فيه ما دامت القرينة قائمة على ذلك فقد انعدم القصد والرضا، ولقول الله تعالى ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾[٣]. واستدل أحمد بحديث ﴿إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه﴾[٤] وبذا نجدهم ينظرون إلى ناحية الإرادة الباطنة في هذه المسألة، أما إذا لم تكن هناك قرينة تؤيد دعوى الخطأ فإنه لا يصدق في الظاهر، أما ديانة فإن الحكم يترتب على الحقيقة التى يعلمها الله.

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٣٢.

(٢) ففى المحلى لابن حزم الظاهرى المسألة ١٩٦٤ «ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه لم يقع طلاقه إذا استفتى فى ذلك. إلا إذا اقيمت عليه بينة أمام القضاء».

وفى نهاية المحتاج للرملى الشافعى جـ ٦ ص ٨١ ـ ٨٢ «ولو سبق لسانه بطلاق بلا قصد لغا، ولا يصدق ظاهراً إلا بقرينة» وفى إعلام الموقعين لابن القيم الحنبلى جـ ٤ ص ٧٢ «إن فعل الناسى والمخطئ بمنزلة فعل النائم فى عدم التكليف به. فإذا علمنا يقيناً خلاف المدلول لم يجز أن نجعله دليلا على ما تيقنا خلافه».

وفى الدردير على خليل وحاشية الدسوقى عليه جـ ٢ ص ٣٦٥ «وركن الطلاق.. وقصد أى قصد النطق باللفظ الصريح والكتابة الظاهرة.. احترز به عن سبق اللسان» وفى ص ٣٦٦ «إذا قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به فلا يلزمه شيء مطلقاً إن ثبت سبق لسانه، وإن لم يثبت قبل فى الفتوى دون القضاء».

(٣) سورة الأحزاب ٥/ ٢١.

(٤) المغنى جـ ٧ ص ١١٨ و ١٢٢.

أما الأحناف فإنهم وإن كانوا يرون الاتجاه ناحية الإرادة الظاهرة عند انعدام القرينة شأنهم شأن غيرهم فى هذا[(١)] ويرتبون الحكم على العبارة الصادرة فيلزمون المخطئ والناسى قضاء بالعبارة إذ لنا الظاهر والله يتولى السرائر، ولأن الخطأ والنسيان أمر باطنى لا دليل عليه فى الخارج ولا قرينة، بل صدور العبارة منه وهو بتمام عقله ورشده قرينة القصد الصحيح، والقول بغير ذلك يترتب عليه ضياع حقوق الناس إذ يدعى كل شخص يريد التخلص مما التزم به أنه لم يقصد الالتزام وإنما صدر منه خطأ أو نسياناً[(٢)].

إلا أنه إذا كانت هناك قرينة قوية تدل على الإرادة الباطنة كأن يصدقه الطرف الآخر فى العقد القابل للفسخ فإنهم كما تفيد النقول عنهم مختلفون: فمنهم من قال إن العقد ينعقد فاسداً، فينعقد لوجود أصل الاختيار لأن كلامه اختيارى ويفسد لفوات الرضا[(٣)] ومنهم من قال إن القصد إلى العبارة منعدم مع الخطأ وأبطل عقد المخطئ القابل للفسخ ما دامت دعوى الخطأ صدقها الآخر أى أيدته القرينة[(٤)].

والذى نراه أن العقد مع هذا لا ينعقد ألبتة لانعدام القصد والاختيار ولانعدام الرضا بالأثر أيضاً إذ عبارة المخطئ غير مقصودة له ألبتة فهو أشد حالا فى عدم قصدها من المكره إذ الأخير يقصد إليها دفعاً لضرر أكبر أما المخطئ فلا قصد له مطلقاً وقد قامت القرينة بتصديق خصمه على ذلك.

---

(١) راجع الأشباه للسيوطى ص ١٢٥، والفتح جـ ٣ ص ٤٥.

(٢) البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٦٦، الفتاوى البزازية جـ ٤ ص ٣٦٥.

(٣) كشف الأسرار للبزودى جـ ٤ ص ٣٨١، ومرآة الأصول ص ٣٥٨، والبدائع جـ ٤ ص ١٣٦ «المكاتبة من التصرفات تحتمل الفسخ فيفسدها الإكراه والهزل والخطأ».

(٤) يقول الكمال فى التحرير«إذ لا قصد للمخطئ فى خصوص اللفظ ولا حكمه فانه غير مختار ولا راض بالتكلم بخصوص اللفظ ولا بحكمه» راجع التقرير والتعبير شرح التحرير جـ ٣ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦، تيسير التحرير جـ ٢ ص ٣٠٧.

من يقصد العبارة لا باعتبارها منشئة لعقد:

وذلك كمن لقن إنساناً عبارة بلغة لا يفهمها فنطق بها، وكانت هذه العبارة تنتج إيجاباً، وقابلها الآخر بقبول من عنده، أو كانت العبارة تفيد التزاماً من جانب الملقن، فإنه لا أثر لهذا ولا ينعقد عقد بينهما، لأن الإيجاب غير معتبر، ولا يقصد صاحبه التلفظ به باعتباره منتجاً لإيجاب[١] غير أن بعض الأحناف يرون أنها تلزم صاحبها إن كان الموضوع طلاقاً أو إعتاقا أو زواجاً استناداً إلى حديث[٢]: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق».

غير أن صاحب الدر المختار[٣] يقول إن المفتى به أنه لا يقع، وقال إن من قال بوقوعه فإنما يقصد وقوعه قضاء فقط.

ومن هذا القبيل أيضاً أن تصدر العبارة من صاحبها مع قصد التلفظ بها وفهمها لكن لا لينشئ بها عقداً وإنما يرددها لحفظها أو لتعليمها للغير أو لمجرد التمثيل والتصوير المسرحي مثلا، أو كان قراءة لمكتوب، فإنها لا اعتبار لها ولا ينعقد بها عقد[٤]، وكذلك لو عبر بلفظ صريح لانعدام القصد[٥].

---

(١) وفي إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٥٥ يقول ابن القيم «قال أصحاب أحمد قال الأعجمي لامرأته انت طالق وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة لم تطلق لانه ليس مختاراً للطلاق فلم يقع، وكذلك لو نطق بكلمة الكفر وهو لا يعلم معناها لم يكفر».

(٢) راجع نيل الاوطار للشوكاني جـ ٦ ص ٢٣٤، سبل السلام جـ ٣ ص ٢٣٥، وفي فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٩ «لو لقنت امرأة (زوجت نفسي بالعربية) ولا تعلم معناها، وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون صح كالطلاق، وقيل لا كالبيع، ومثل هذا في جانب الرجل إذا لقن ولا يعلم معناه». وهذا غير مستساغ لأن هذه الألفاظ ترديد لكلام فلم يتحقق فيه لا اختيار ولا رضاء، ولذا نجد كثيراً من فقهاء الأحناف على عدم صحة شيء من ذلك.

(٣) راجع جـ ٢ ص ٤٤ من حاشية ابن عابدين.

(٤) وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٦: «كتبت امرأة أنت طالق، ثم قالت لزوجها اقرأها علي، فقرأ، تطلق مالم يقصد خطابها» وروى ابن تيمية أن امرأة طلبت من زوجها أن يسميها خلية طالق فقال: فأنت خلية طالق، فذهبت لعمر بن الخطاب وقصت عليه ما حدث، فاستدعى زوجها فجاء فقص عليه، فقال له عمر: خذ زوجتك واذهب.

(٥) واللفظ الصريح هو الذي لا يتوقف في إعماله إلى نية وخاصة فيما يستوي فيه الجد مع الهزل كالطلاق والنكاح والرجعة، وعلة ذلك كما ينقل صاحب الدر المختار عن الكمال بن الهمام في مسألة الطلاق «لابد لوقوع الطلاق حتى الصريح من قصد إضافة لفظ الطلاق إليها عالما بمعناه ولم يصرفه إلى ما يحتمله». راجع رد المختار وابن عابدين عليه جـ ٢ ص ٤٤٢.

التظاهر بإنشاء العقد دون الرغبة فى حقيقته: وهذا يكـون: فى التظاهر والمفاخرة أو الاستهزاء والهزل، كما يكون فى الإكراه على إصدار العبارة.

وقبل أن نتكلم عن هذين القسمين نشير إلى أن الصورية فى العقود والتصرفات قد تكون مشروعة لا يقصد بها الخروج على تعاليم الشرع وأحكامه، وقد تكون غير مشروعة، وهذا هو الغالب فى استعمالاتها. وهى من جهة أخرى قد تكون الصورية[1] فيها مطلقة، فيكون العقد جميعه لا وجود له فى الحقيقة وإن وجدت صورته فى الخارج، كما أن يتظاهرا بإجراء عقد بيع مثلا والحقيقة أنهما لا يبتغيان ولا يقصدان له أى أثر قانونى كبيع التلجئة وسيأتى. وقد تكون الصورية نسبية كأن يجريا عقد هبة لكنهما يتظاهران بأنه عقد بيع، أو تكون حقيقة التعاقد لأصيل مستور غير ظاهر عند التعاقد، أو الثمن المذكور به أو التاريخ صورياً وحقيقة الثمن أو حقيقة التعاقد غير ذلك. وقد بحث الأصوليون كل هذا تحت عنوان الهزل.

[أ] عبارة الهازل والمتظاهر:

وإذا صدرت العبارة بقصد صاحبها واختياره لا لينشئ بها عقداً ولكن بقصد الهزل[2] أو التظاهر أو التفاخر، ووجدت القرائن الدالة على ذلك[3].

---

(١) يعرفها الكمال فى كتابة التقرير والتعبير جـ ٢ ص ١٩٤ «ما لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقى ولا المجازى بل أريد باللفظ غيرهما وهو ما لا يصلح إرادته منه».

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٤٦ وابن عابدين جـ ٤ ص ٧ ٨، الهزل فى اللغة اللعب وفى الاصطلاح الفقهى أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما صح له اللفظ استعارة. والهازل يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه، ولكن لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه.

(٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٧ فى كتاب النكاح: «أما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم» وفى جـ ٥ ص ٨٦ «لا فرق بين بعته وأبيع فى توقف الانعقاد على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا» وفى حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ ٤ ص ٨ «فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع أي توافقا علي أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه ولم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه، فالبيع منعقد لصدوره من أهله فى محله لكن يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم مع أن الفاسد حكمه أن يملك بالقبض لوجود الاختيار والرضا بالحكم» ثم ينتقد ما قاله صاحب الدر المختار ـ ولم ينعقد مع الهزل لعدم الرضا ـ فقال هذا غير صحيح لمنافاته لما تقدم من أنه صدر من أهله فى محله لكنه فاسد لعدم تحقيق الرضا بالحكم، وتأول لصاحب الدر فقال: ولعله يقصد نفى الانعقاد الصحيح لا أصل الانعقاد ـ ثم ينقل لنا عن =

فالأحناف، وجمهور فقهاء المالكية، ومذهب ابن حنبل على أن هذه العبارة لا يترتب عليها أثر، واستثنوا العقود الخمسة التى استثناها الشارع فى حديث «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» وفى رواية أخرى: واليمين بدل الرجعة وعللوا إلغاء العبارة فى غير ما استثنى، بأن الدليل قد قام بين المتعاقدين[1] قبل العقد على عدم إرادة هذا الالتزام، فالإرادة تكون منعدمة قبل التلفظ بالعبارة، وما دامت الإرادة منعدمة من قبل التعاقد، فلا أثر لهذا العقد لأن أساس التعاقد فى الحقيقة هو الإرادة وقد انعدمت، فالعبارة تكون لغواً، لأنها جعلت لتدل على الإرادة، والقرينة قامت على انعدامها:

لكن بعض فقهاء المالكية يعممون إلغاء اعتبار الهازل ومن في حكمه فى جميع العقود على السواء ولا يستثنون منها شيئاً، فزواج الهازل[2] وطلاقه وعتاقه وبيعه وهبته وإجارته وسائر عقوده لاغية سواء أكان فيها حق الله أم حق العباد إذا ثبت بالدليل هزله، لأنه يكون مجرد لفظ من غير وجود نية، وهو رواية عن أحمد، وقالوا إن الحديث منقطع الإسناد.

الخانية والقنية أن بيع الهازل باطل وأن الفقهاء كثيراً ما يطلقون الفاسد على الباطل...، ثم يتبع ذلك بقوله: لكن يرد على بطلانه أنهما لو أجازاه جار مع أن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه لم ينعقد أصلا بخلاف الفاسد فإن الإجازة تلحقه إذ هو منعقد بأصله لا بوصفه، وهذا منعقد بأصله ولذلك أجاب بعض العلماء فقالوا يحمل ما فى الخانية على أن المراد بالبطلان الفساد كما فى حاشية الحموى... ثم يقول وهذا أولى لموافقته لما فى كتب الأصول من أنه فاسد.

ولعل الذى أثار كل هذا الجدل كون محل العقد الفاسد يملك بالقبض وقد نص على أن عقد الهازل لا يملك محله بالقبض. فكان هذا سبباً فى اتجاه بعض الفقهاء إلى أنه عقد باطل، ولكن صاحب الأشباه يقول: إذا قبض المشترى السلعة المبيعة بيعاً فاسداً تملكها إلا فى ثلاث مسائل: الأولى لا يملكه فى بيع الهازل كما فى كتب الأصل، والثانية: لو كان مقبوضاً فى يد المشترى أمانة لا يملك به، والثالثة لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير أو باعه له كذلك بيعاً فاسداً لا يملكه بالقبض حتى يستعمله، وبهذا يكون بيع الهازل فاسداً فلو ارتفع سبب الفساد فيه فعدل لهازل عن هزله صح العقد ونفذ بلا حاجة إلى تجديده ولو كان باطلا ما انقلب صحيحاً.

(١) ويشترط الأحناف أن يتقدم الهزل دليله أى يتفقا قبل العقد على أن ما يتفقان عليه هو هزل ولا يكتفون لتحقق الهزل بمجرد دلالة الحال كما اكتفى بذلك الحنابلة.

أما الشافعى فيتجه نحـو الإرادة الظاهرة فى جميع العقود ويرتب على عبارة المتعاقدين الحكم الشرعـى بمجرد صدور عبارتهما وتوافر أركانهـا وشروطها من غير نظر إلى إرادتهما الباطنة، ولا عبرة عنده بالدليل القائم على عدم الرغبة فى الحكم لأنهما قد قصدا العبارة وهما أهل للاختـيار، ولا اعتبار لما تواطآ عليه من تجريدهما للعبارة عن معناها ومدلولها بيعـاً أم زواجاً أم طلاقاً، بخلاف المخطئ فإنه قد قصد العبارة خطأ، وبهذا يستقر التعامل بين الناس.

وبذا يظهـر أن الشافعـية يفـرقون بين الهـازل والمخطئ فى الحكم وأنهم لا يخالـفون الحنفـية بالنسـبة لـيـمين الهازل وطـلاقه وإن خالفـوهم بالنسـبة لـيـمين المخطئ[1] . غاية الأمـر أن الهازل مؤاخذ بيـمينه عند الأحناف استثناء مـستنداً إلى الحديث، وعند الشافعى مؤاخذ طبقاً لقاعدته من اتباع الظاهر دون اعتبار للتواطؤ.

---

(١) وفى نهاية المحـتاج جـ ٨ ص ٣٨ «ومن سبق لسـانه إلى لفظ اليـمين بلا قصد لم تـنعقد» وفى ص ٣٤ «وتـسـمـية الحلف بنحو الطـلاق يميناً شرعـية غيـر بعيد» وفى حـاشية الشـبراملسى.. «لتضمنه المنع من المحلوف عليه كتضمن الحلف بالله ذلك».

وفى نفس المصـدر ص ٣٤ «وشـروط الحـالف يعلم مما فى الطـلاق... وهو أن يكون مكلفـاً ولو سكراناً مخـتاراً قاصدا. فـخرج صبى ومجنون ومكروه وسـاه» ومقتضى هذا دخـول الهازل فى مؤاخذته باليمين لأنه قاصد مختار مكلف ولأنه لم يخرجه.

وفى ص ٣٥ من المصدر نفسه «ولا يقبل قوله لم أرد به اليـمين لأنه نص فى معنى اليمين لا تحتمل غيره»، وهذا واضح فى أنه لا يعتبر هزله وأنه مؤاخذ بيمينه»

وفى شرح المنهـاج جـ ٤ ص ٢٧٢ «ومن سبق لسـانه إلى لفظ اليـمين بلا قصـد لم تنعقد يـمينه ويسمى لغواً» وفى جـ ٣ ص ٢٣١ «ولو خاطبهـا بطلاق هازلا أو لاعبا... وقع الطلاق لقصده إياه».

وفى حاشية القليوبى على شرح المنهاج جـ ٣ ص ٣٣١ «ثلاث جـدهن جد... وغير الثلاثة مثلها، وقصد الاستهزاء مثلا لا يخرج اللفظ عن معناه».

وفى حاشية الخطيب على شرح أبى شجاع جـ ٢ ص ٤٠٣ مثل هذا المعنى.

لكن يقول الدكتور محمد وحيد سـوار فى رسالة التعبير عن الإرادة ص ٣٩٥ هـ نقلا عن البدائع جـ ٣ ص ١١، واستدل به على أن الشافعى لم يفرق بين عبارة المخطئ والهازل فى اليمين وما ذكره الكاسانى هـو «وكذا الجد والعـمد فـتـصح اليميـن من الخاطئ والهازل عندنا خـلافا للشـافعى» والتحقيق يقضى بالاستدلال على مذهب الشافـعى مما جاء فى كتبهم ما دامت فى متناول اليد لا بما جاء فى كـتاب حنفى، على أن صـاحب البدائع يقـصد بقوله (عندنا خـلافا للشـافعى) أن الشافـعى يخالف الاحناف فى أصل حكم يمـين المخطئ، كما يخـالف فى الأساس الذى يبنى عليه حكم يمين الهازل.

ويتفرع على التظاهر بإنشاء العقد دون إرادته والرغبة فيه، الأمثلة الآتية[١]:

أولا - بيع التلجئة، وهو بأن يتواطأ اثنان على التظاهر بإحداث عقد من غير أن يكون لذلك حقيقة بينهما وإنما يقصدان بذلك التخلص من شخص ظالم له بطش وسلطان على المالك الذى تظاهر بالبيع ليتخلص من سلطانه وبطشه فى الاعتداء على هذه العين المتظاهر بيعها[٢].

وكذا لو كانا يقصدان بتظاهرهما بهذا البيع مجرد اكتساب الشهرة لأحدهما فإن البيع صحيح ونافذ وتنتقل ملكية المبيع إلى المشترى إذا اختلفا ولا عبرة بما كان بينهما سراً عند الشافعى، ولكن فقهاء المذاهب الأخرى يحكمون على أساس إرادتهما الباطنة، ولا اعتبار بالعبارة الظاهرة ما دامت الإرادة الباطنة تثبت بالدليل، وهكذا فى سائر العقود الصورية مع ملاحظة ما يقال بالنسبة إلى الأمور الخمسة المستثناة.

ثانيا - إعلان زيادة حقيقة المهر للتفاخر، فإذا تزوجا على صداق قدره عشرة جنيهات وأعلنا للناس فى حفل الزواج أن الصداق مائتا جنيه بقصد التظاهر والمفاخرة[٣]، فالشافعى يحكم بظاهر العقد ولا عبرة بما اتفقا عليه، والآخرون يلزمون الزوجين بما تدل القرائن على انعقاد الإرادة عليه ولا عبرة بما تظاهروا به وأعلناه.

ثالثا - إظهار ثمن غير المتفق عليه بالزيادة، كأن يبيع شخص لآخر داراً بألف جنيه ويتوطآ على إظهار ثمن غير حقيقى كأن يعلنا أن الثمن ألف وخمسمائة كى يحجم من له حق الشفعة عن طلبها لارتفاع الثمن فيستقر الملك

---

(١) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) وفى المغنى جـ ٤ ص ٢١٤ «ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فملكه رجلا على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمى بذلك ولا يريدان بيعا حقيقيا».

(٣) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٤٣ وما بعدها.

للمشترى من غير أن يتعلق به حق الشفيع، أو بالنقصان كأن يعلنا أن الثمن ثمانمائة مراعاة لرسوم التسجيل أو تهرباً من الضرائب، إلى غير ذلك من الصور والحوادث، فإذا اختلف المتعاقدان بعد شىء من ذلك وتمسك أحدهما بظاهر العقد. فالشافعى يرى إلزامهما بما أعلناه، والآخرون من الفقهاء يرون إلزامهما بالثمن الحقيقى المتفق عليه إذا قام عليه الدليل. والبيع صحيح عند الجميع ومن حق الشفيع أن يطلب الشفعة من جديد عند معرفة حقيقة الثمن.

[ب] عقد المكره:

أن يكون من أصدر العبارة قد أكره[1] على التلفظ بها دفعاً لأذى الغير الذى يهدده بما لا يحتمله من أذى إذا لم يتلفظ بها، مع قدرة المكره على تنفيذ ما توعد به. وأن المكره لا يرغب فيما يترتب على هذه العبارة، فغير الأحناف، لا يلزمون المكره بعبارته ولا يرتبون عليها حكماً شرعياً بل يعتبرونها لاغية الاختيار[2] والقصد، وقالوا إن العقود جميعها فى ذلك سواء لا فرق بين عقد بيع أو عقد زواج[3]، أو طلاق أو رهن أو كفالة أو إجارة إلى غير ذلك. واستدلوا[4]، بقوله صلى الله عليه وسلم «إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، وفى المذكرة التفسيرية للقانون «طلاق المكره لا يقع بناء على مذهب الشافعية والمالكية وأحمد وداود وكثير من الصحابة».

---

(١) الإكراه هو ما يفعله الإنسان بغيره ليدفعه إلى فعل شىء طلبه منه دون أن يكون راغبا فيه.

(٢) الاختيار هو ترجيح فعل الشىء على الامتناع عن فعله أو العكس وهذا الاختيار يكون صحيحاً إذا صدر دون تأثير من الغير أو ضغط ويكون قاصداً إذا كان ترجيحاً لأخف الضررين مخافة تهديد الغير.

(٣) جاء فى المغنى جـ ٩ ص ٥٤٨ «وللسيد أن يزوج أم الولد وإن كرهت. وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولى الشافعى واختاره المزنى وقال فى القديم: ليس له تزويجها إلا برضاها كالمكاتبة. وقال فى الثالث ليس له تزويجها وإن رضيت لأن ملكه فيها قد ضعف وهى لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة».

(٤) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٩.

ولكن الأحناف وإن كانوا يوافقون سائر الفقهاء فى أن عقد المكره لا يترتب عليه أثره إلا أنهم يرون أن العقد ينعقد مع الإكراه موقوفاً على إجازة المتعاقدين حال السعة والاختيار أى بعد زوال الإكراه(١)، واستثنوا من ذلك العقود الخمسة التى فيها حق الله تعالى والتى أشرنا إليها قبل، ومنها الزواج والطلاق، فقال الأحناف، إن مجرد القصد إليها وتحقق العبارة يجعلها صالحة لترتب الحكم الشرعى عليها، فاعتبروا القصد فيها يقوم مقام الرضا(٢)، لأن الشارع استثناها فوجب فيها الاحتياط: ففقهاء الأحناف لم يفرقوا بهذا بين عقد الهازل وعقد المكره(٣). أما سائر العقود غير هذه الخمسة فإنها كما قلنا لا يترتب عليها أثر ولا يتعلق بها الحكم الشرعى(٤).

---

(١) راجع ابن عابدين جـ ٤ ص ٤ حيث يقول، مطلب فى بيع المكره «وقال فى البحر بيع المكره فاسد موقوف بخلاف بيع الفضولى فإنه مكروه فقط. وإن كان هذا يتعارض مع جعلهم الموقوف من أقسام الصحيح ومؤدى هذا أنه عقد صحيح موقوف لكنهم صرحوا بأن البيع مع الإكراه يثبت به الملك عند القبض للفساد فهذا التصريح بأنه عقد فاسد وقالوا إنه ينعقد فاسداً لعدم الرضا الذى هو شرط فى النفاذ وأنه بالإجازة يصح ويزول الفساد» وعلى هذا يكون العقد الموقوف منه ما هو فاسد كبيع المكره ومنه ما هو صحيح كبيع الصبى، وإذا ارتفع الإكراه ورضى المكره بالعقد طائعا مختاراً ارتفع الفساد وانقلب العقد صحيحاً نافذاً كما قلنا فى عقد الهازل تماما فلا فرق بينهما على هذا ولذا قال زفر إن بيع المكره ونحوه موقوف على الإجازة بعد زوال الإكراه.

(٢) الرضا معناه الرغبة فى الشىء والارتياح إليه، وقد يحدث أن يوجد الفعل من الإنسان دون أن توجد هذه الرغبة والارتياح، وإنما أقدم عليه من تلقاء نفسه مراعاة لتلافى ضرر آخر يقدره هو، أو أقدم عليه تحت تأثير الغير وتهديده...، ولذا فنجد أن الاختيار قد يتحقق ويوجد مع تخلف الرضا وهذا مذهب الأحناف وسنبين ذلك بعد.

(٣) وفى الهداية جـ ١ ص ١٨٢، والعناية على هامش الفتح جـ ٣ ص ٣٩ وطلاق المكره واقع لأنه قصد إيقاع الطلاق فى منكوحته فى حال أهليته، وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار، إلا أنه راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل، وفى الفتح أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركتها وقالت لتطلقنى ثلاثاً وإلا ذبحتك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا، ثم جاء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال: «لا قيلولة فى الطلاق».

(٤) يقول صاحب الدر المختار جـ ٤ ص ٨ «لم يلزم بيع المكره وإن انعقد» وراجع فى هذا أيضا المصدر المذكور، وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٥ ص ٩٧، والمبسوط جـ ٢٤ ص ٩٣ وما بعدها. وسنتكلم عن الإكراه وما به يكون فى عيوب الإرادة.

التعاقد بألفاظ لم توضع له:

إذا استعمل المتعاقد ألفاظاً لم توضع في اللغة للدلالة على هذا العقد وإنما وضعت لشيء آخر كمن يستعمل لفظ الهبة مكان البيع والزواج أو العكس أو غير ذلك، فكل ذلك يصح معه العقد ويقع صحيحاً أيا كان موضوع التعاقد، إذ العبرة كما يقولون بالمعاني لا بالألفاظ والمباني. وهكذا يقول الأحناف، وخالفهم الشافعية والحنابلة بالنسبة لعقود الزواج فقط فلم يجيزوها بأى لفظ حتى ولو كان يفيد التمليك والدوام، وإنما قصروها على لفظى زواج ونكاح فقط وما يشتق منهما لخطورتها ولأن هذا العقد لم يرد في القرآن إلا بأحد هذين اللفظين وقد أشرنا إلى ذلك قبل عند الكلام عن صيغة العقد.

أن يقصد بالعقد الوصول إلى محظور لا يمكن الوصول إليه إلا بهذا:

أن يقصد المتعاقدان العبارة باعتبارها منشئة للعقد دون هزل أو إكراه ويستعملان الألفاظ التى وضعت فى أصل اللغة للدلالة على هذا المعنى، ويبغيان من التعاقد ترتيب أثره الشرعى عليه، لكن لا رغبة فى الحكم نفسه، وإنما باعتباره وسيلة للوصول إلى حكم آخر محظور عليهما لا يمكنهما الوصول إليه إلا عن طريق هذا العقد. أى أنهما يقصدان حقيقة العقد لكن كوسيلة أو تحايل على إخراجهما من محظور.

فيرى الشافعية وأبو حنيفة أن مثل هذه العقود صحيحة كسائر العقود التي يقصد من ورائها الوصول إلي حكمها الشرعي في ذاته لا لغرض آخر، ولم يجعلوا للقصد المحظور أى أثر فى التعاقد ما دامت العبارة خلواً مما يشير إلى هذا القصد، حتى وإن كان ذلك معلوماً عند المتعاقدين وقت العقد(١).

---

(١) أما إذا اشترطا عند التعاقد ذلك فى العقد فإنه باطل، وللشافعى قول بصحة العقد وفساد الشرط الأول، وقال أبو حنيفة: النكاح جائز والشرط فاسد كسائر الشروط الفاسدة وروى ذلك عن الثورى وابن أبى ليلى. ولابن تيمية كلام كثير فى هذا وفى التدليل على بطلان عقد الزواج الذى يكون مفهوما فيه هذا المعنى ولو ضمنياً. راجع فتاوى ابن تيمية جـ ٣ من أول الجزء الثالث حتى صفحة ٢٥٠، وراجع كتب الفقه فى الزواج وكتب التفسير عند قوله تعالى: ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾.

والصاحبان من الأحناف وباقى الفقهاء يبطلون أمثال هذه العقود التى سبب إنشائها غرض محظور، ولا أثر للعبارة فى نظرهم ما دام الدليل قد قام على قصدهما إذ العبرة بالمعانى والمقاصد لا بالألفاظ، وفوق ذلك فإنها قد اتخذت وسيلة لتحقيق أمر غير مشروع، وما كانت العقود طريقاً لإباحة المحرمات أو أداة للإعانة على المعاصى والتحايل على الأحكام. ويتفرع على هذا الآتى:

أولا - زواج المحلل: ومن هذا القبيل زواج من طلقها زوجها ثلاثاً بآخر، وهى لا تبغى بهذا الزواج إلا أن يكون طريقاً يمكنها من أن تعود إلى عصمة زوجها الأول بعد أن يطلقها هذا الزوج[1].

فإن الإمام أبا حنيفة والإمام الشافعى فى مذهبه الجديد، يريان أن مثل هذا العقد وإن كان مستنكراً أو مكروهاً كراهة تحريمية إلا أنه صحيح ونافذ وينبنى عليه أثره، ولا عبرة لقصدهما فى صحة العقد ولا يلتزمان بهذا القصد لأنه شرط غير صحيح، فهما ينظران إلى الإرادة الظاهرة، ويقولان: إذا كان ما يبغيانه بهذا العقد هو الوصول إلى مجرد المحظور فإن أمر المؤاخذة على هذا لله سبحانه وتعالى، أما العقد فقد تمت أركانه وتحققت شروطه، وجمهور الفقهاء كما علمت يرون أن هذا العقد باطل ولا يترتب عليه أثره الشرعى ما دام الدليل قد قام على قصدهم الأصلى لأن العبارة لا أثر لها إذ العبرة فى العقود وترتب أثرها عليها هى الإرادة الباطنة إلى غير ذلك مما قلناه.

ثانيا - بيع العينة: ومن هذا القبيل أيضاً بيع العينة[2]: وهو بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا، والتعاقد بالربا منعه الشارع قال الله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾[3]، وقال: ﴿يمحق الله الربا ويربى الصدقات﴾[4]

---

(١) الزيلعى على الكنز جـ ٢ ص ٣٥٩، الدر المختار وابن عابدين عليه جـ ٢ ص ٥٨٦ وما بعدها وراجع مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ١٩٨.

(٢) راجع مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢١١ وما بعدها حيث عقد فصلا خاصاً عن بيع العينة.

(٣) سورة البقرة جـ ٣/ ٢٧٥.

(٤) سورة البقرة جـ ٣/ ٢٧٦.

فليتوصل المتعاقدان إلى تحقيق رغبتهما - باتخاذ الحيلة ليكون العقد مشروعاً - يشترى إبراهيم مثلا من كامل سيارته بمبلغ ألف جنيه تدفع بعد سنة، ثم بعد تمام العقد أصبحت السيارة ملكا خالصاً لإبراهيم يصح له أن يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات، فيبيع إبراهيم هذه السيارة إلى كامل نفسه أو إلى وسيط آخر يبيعها بدوره له بمبلغ ثمانمائة يدفعها له كامل حالة، فتكون النتيجة أن إبراهيم أصبح مديناً لكامل بمبلغ ألف جنيه مع أنه لم يقبض منه سوى ثمانماية، ويكون كامل قد استفاد مائتى جنيه التى هى فوائد مبلغه الذى أخذه إبراهيم، وكان محمد بن الحسن يكره بيع العينة، وكان يقول «هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا»، وقد علمت من قبل أن الإمام أبا حنيفة والإمام الشافعى يجيزان هذا العقد مع الكراهة وإنما يؤاخذ عليه الله إذ العقد توافرت أركانه وشروطه، وجمهور الفقهاء يرون أن العقد لا ينعقد إذ العبارة لاغية لا ينعقد بها عقد، ولا يترتب عليها أثر، فملكية السيارة لا تنتقل من كامل إلى إبراهيم، وبالتالى فلا يملك إبراهيم أن يبيعها لكامل.

ثالثا - الإجارة على عصير العنب لاتخاذه خمرا وأمثال ذلك: ومن هذا القبيل أيضاً الإجارة على عصير العنب لاتخاذه خمراً، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها، وبيع السلاح للبغاة وأهل الحرب، إلى غير ذلك الكثير مما يحتال به إلى الوصول إلى شىء محظور شرعاً عن طريق عقد مشروع.

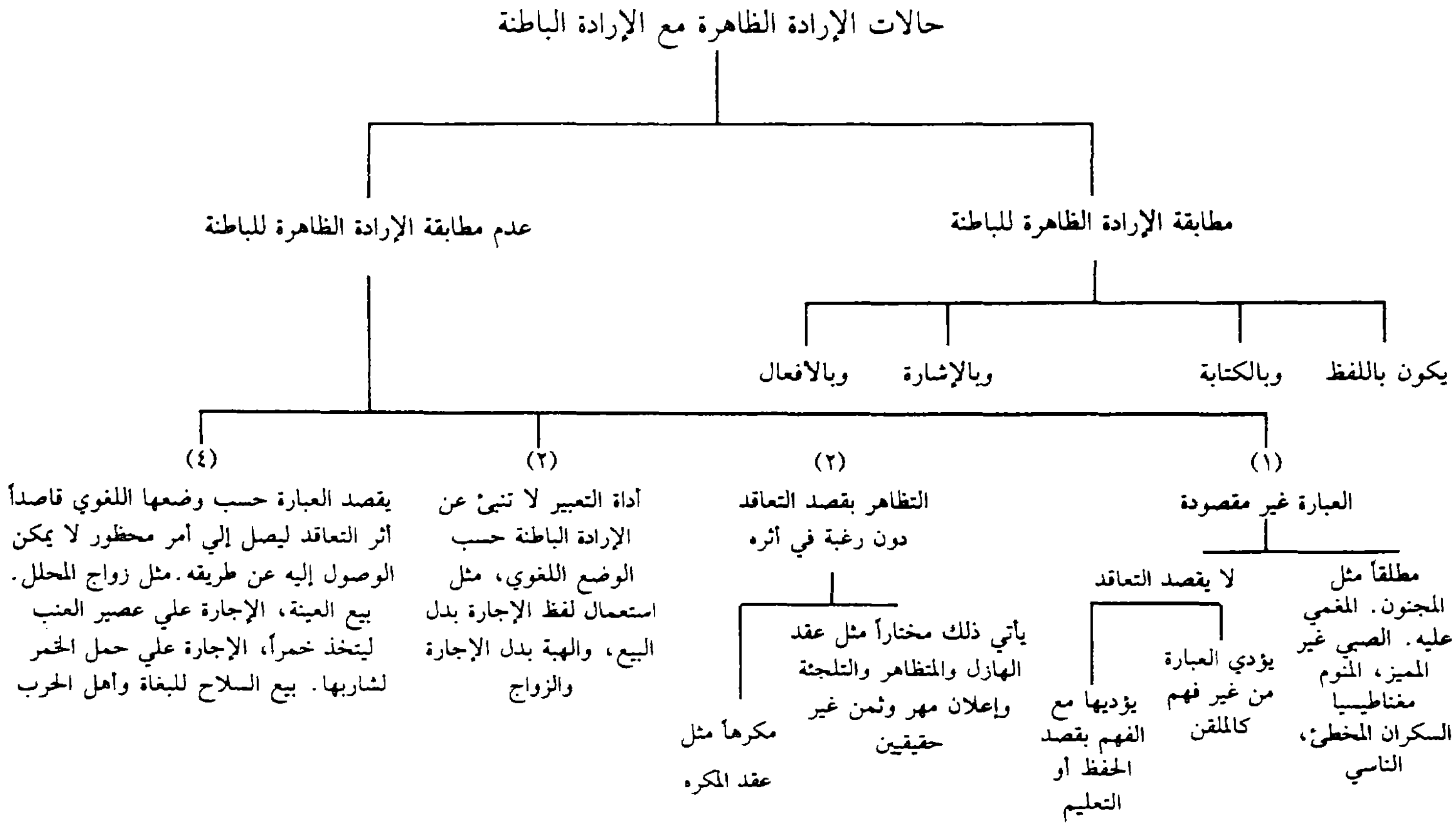
واستند الإمام أبو حنيفة والشافعى إلى عموم قول الله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ وما روى عن الصحابة «بع الحلال ممن شئت»، «لا بأس ببيع الثمر لمن يتخذه مسكراً» واستدل باقى الفقهاء بقوله تعالى ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[1] وهذا نهى يقتضى التحريم، وقد تكلم فى ذلك كثيراً ابن قدامة فارجع إليه إن شئت[2] . وقد وضعت جدولا يبين حالات العبارة مع الإرادة؛ وهو مطبوع فى الصفحة التالية.

---

(١) سورة المائدة جـ ٦/ ٢.

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٢٢٢ وراجع الموضوع جميعه فى مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ١٩٨ إلى ص ٢١٣.

جدول يبين حالات الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة في العقود والالتزامات



موقف الفقهاء من العبارة والإرادة عند تعارضهما:

مما تقدم نستطيع أن نقول إن رجال الفقه الإسلامي يتجهون في موضوع الإرادة والعبارة، أو كما يقول رجال القانون الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة إلى فريقين. فالإمام الشافعي نجد في أصوله وفروعه ما يجعلنا نقرر أنه بنى حكمه على ما تنتجه العبارة، أي بنى حكمه على الإرادة الظاهرة، ويرى بالنسبة لعقد المخطئ أنه لم يقصد العبارة فلم يتحقق عنده القصد مطلقاً، ولذا لم يؤاخذه بالعبارة كما قدمنا، والأحناف في بعض فروعهم إنما يجنحون نحو هذا الاتجاه، ودليل هذا المذهب في الفقه الإسلامي أن الأحكام الدنيوية كلها بنيت على الظاهر، والنيات أمور خفية علمها عند الله، فالعقود يكون حكمها عند الناس بما تنطق به الإرادة الظاهرة فإذا اكتمل للعقد أركانه وشروطه فهو صحيح، ولا نبحث وراء ذلك عن النية فيه ما دام لا يوجد في العبارة ما يدل على خلاف ما ينتجه ظاهر العبارة.

وابن حنبل، ويقرب منه مالك يذهبان في ذلك مذهباً آخر وينظران إلى الإرادة الباطنة ويجعلانها أساساً لارتباط الأحكام بها، ما دام قد أظهرها الدليل، أما إن خفيت الإرادة الباطنة، ولا دليل يظهرها فلا اعتبار لها. وقد أشرنا إلى أن أحكام الأحناف في العقود غالباً تتمشى مع قاعدة الإرادة الباطنة أكثر من تمشيها مع الإرادة الظاهرة.

ودليل هؤلاء أن العبارة الظاهرة لا يعتد بها في الالتزام والعقد إلا باعتبارها مظهرة لمكنون النفس، دالة على حقيقة القصد، فإذا انحرفت العبارة عن الإرادة الحقيقية كان الإخبار بها إخباراً كاذباً، والإرادة الباطنة يبحث عنها بين القرائن والأدلة المنبئة عنها، فالعبرة عند هؤلاء جميعاً بما انعقد عليه العزم وتحقق به الرضا والقصد إلى السبب ولم تكن الأحكام مترتبة على الألفاظ إذ الأعمال بالنيات[1].

(١) ولله در ابن القيم إذ يقول: «إن الله تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم، وتجاوز عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصدة إليه فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم» راجع إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٩٢.

القانون بين الإرادتين الظاهرة والباطنة:

ويتجه رجال القانون إلى مدرستين من قديم الأزل: مدرسة الإرادة الظاهرة ويمثلها الفقه الألماني، ومدرسة الإرادة الباطنة ويمثلها الفقه الفرنسي. ولقد اتجه الفقه المصري في القانون الجديد وجهة الإرادة الظاهرة بعض الشيء بعد أن كان يجنح إلى الإرادة الباطنة في القانون القديم[1] . هذا وسنبين تفصيل موقف الفقهاء من هذا وأساس اتجاهاتهم وما يترتب على ذلك في المبحث الآتي.

---

(١) كما يحدثنا الدكتور السنهوري عند حديثه عن المادة رقم ٨٩ من القانون المدني الجديد والتي تنص على الآتي: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد»، فمهد تمهيداً شيقاً جميلاً، وتكلم عن نظرية الإرادة الباطنة، ثم عن نظرية الإرادة الظاهرة، وقد أبان بعد ذلك أن القانون المصري الجديد قد انحرف انحرافا بسيطا عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة، بل تزحزح قليلا نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل. راجع الوسيط من ص ١٧٩ ـ ١٨٣.

المبحث الرابع

إرادة التعبير وإرادة الأثر والتفرقة بين الرضا والاختيار

عرف الفقه الإسلامى التفرقة بين مجرد إرادة التعبير دون الرغبة فى الأثر المترتب عليه، وبين إرادة الأثر الذى يتضمن قطعاً إرادة التعبير أيضا[١]، وقد رتب الأحناف على هذه التفرقة، تفرقة بين الاختيار والرضا.

وهذه التفرقة وإن كانت تظهر بوضوح عند الأحناف، فإن الذى يحد من ظهورها عند الشافعية تغاليهم فى مبدأ جعلية الآثار. أى أن حكم العقد عندهم ليس نتيجة طبيعية لقصد المتعاقدين، وإنما هو جعل الشارع وإرادته، ولذا فإنهم يؤكدون الربط بين إرادة الآثار وإرادة الشارع حتى بدا الرضا والاختيار عندهم مع ذلك شيئاً واحداً.

بينما الحنابلة والمالكية يحد من ظهور هذه التفرقة عندهم بين الرضا والاختيار، اتجاههم القوى نحو مبدأ سلطان الإرادة، وخاصة بالنسبة للفقه الحنبلى الذى يصرح بأن الإرادة لها السلطان الأكبر فى تكوين العقد وفى الآثار التى تترتب عليه.

وإنا سنشير هنا إلى تأثر الفقه الشافعى بمبدأ جعلية الأحكام، وتأثر المذهبين الحنبلى والمالكى بمبدأ سلطان الإرادة، ثم نبين بعد ذلك موقف الفقه الحنفى وتفرقتهم بين الرضا والاختيار وما ترتب على هذه التفرقة من آثار.

الفقه الشافعى وإن وضح عند فقهائه فى التعبير الكنائى التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر المترتب عليه إذ يجعلون إرادة الأثر هنا متوقفة على النية، إلا أنهم يقيمون الحكم فى التعبير الصريح على إرادة التعبير وحدها، إذ التعبير

---

(١) راجع فى الموضوع جميعه «التعبير عن الإرادة» للدكتور محمد وحيد سوار من ص ٤٤٣ ـ ٤٦٢.

الصريح لا يحتاج إلى نية لأن إرادة الأثر منوطة بإرادة الشارع[١]، فلا يكاد لهذا يتضح الفرق بين الرضا والاختيار عندهم، وإنما يظهران على أنهما لفظان مترادفان يدلان على قصد العاقد بعبارته الكاشفة عما فى نفسه من رغبة فى إنشاء العقد بغية الوصول إلى الآثار التى رتبها الشارع على ذلك، فإذا لم تتوافر فى العبارة هذه الدلالة عما فى النفس من رغبة لما تحقق اختيار للعقد ولا رضاء به، ولذا فإنه لا يتصور عندهم انعقاد العقد مطلقاً من غير تحقق الرضا، ولذا قالوا إن العقد إما أن يكون صحيحاً أو باطلا وليست هناك درجة بين الصحة والبطلان.

ومن أجل هذا أيضاً نجدهم قد وجهوا عبارة الهازل ناحية الصحة لقصده العبارة مختاراً، ولا عبرة بكونه يقصد صرف العبارة عن الآثار المترتبة عليها شرعاً، لأن هذا أمر لا يملكه إذ فيه تغيير للمشروع، والآثار إنما يتم ترتبها مع القصد إلى العبارة بإرادة من الشارع بينما نجدهم يوجهون عبارة المخطئ ناحية البطلان لأنه لم يقصد العبارة مطلقاً فلم تحقق إرادة التعبير، ولا فرق فى ذلك بين ما يقبل الفسخ من التصرفات كالبيع والإجارة وما لا يقبله كالطلاق والرجعة.

وكذلك نجد فى الفقه الحنبلى أنه يحد من ظهور التفرقة بين الرضا والاختيار فيتجه بعض فقهاء المذهب كابن تيمية وابن القيم، ومن سايرهما ناحية مبدأ سلطان الإرادة ويرون أن إرادة الأثر منوطة بإرادة العاقد، فنتيجة العقود وآثارها المترتبة عليها هو ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما فى التعاقد كما ينص على ذلك ابن تيمية[٢]، ورأوا أن الأحكام لا تلزم الألفاظ إلا إذا توافرت إرادة المتكلم باللفظ، وإرادة

---

(١) وفى الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٤٢ «المراد فى الكتابة قصد إيقاع الطلاق وفى الصريح قصد معنى اللفظ بحروفه لا الإيقاع لنخرج ما إذا سبق لسانه، وما إذا نوى غير معنى الطلاق، ويدخل ما إذا قصد الإيقاع كالهازل»

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٣٩.

موجبه ومقتضاه[١] فإرادة التعبير وحدها لا تكفى للالتزام بالحكم بل لابد منهما معاً، وعلى هذا فلا يتضح فرق بين الرضا والاختيار إذ مجرد القصد إلى العبارة وحده غير كاف ولابد من آثارها المترتبة عليها أيضاً.

فهم لا يقفون من إرادة الأثر موقف الشافعى بل يقفون موقفاً مناقضاً له إذ الشافعى يأخذ بمبدأ الجعلية، ويجعل حكم العقد فى التعبير الصريح - أى أثره - غير متوقف على إرادة العاقد، وإنما هو مرتبط بإرادة الشارع.

أما فقهاء هذا المذهب فإنهم يتجهون إلى أن أثر العقد إنما يرتبط بإرادة العاقد فيه[٢] كما أنهم لا يقيمون للعبارة وزناً إلا باعتبارها وسيلة لإظهار إرادة الأثر فإذا صاحب العبارة قرينة تنبئ عن إرادة خفية وجب اتباعها وعدم إعمال العبارة[٣].

---

(١) وفى إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٧٥ «لابد من اعتبار النية والمقاصد فى الألفاظ» وأنها لا تلزم بها احكام حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها مريداً لموجباتها. . . فلابد من إرادتين: إرادة المتكلم باللفظ اختياراً، وإرادة موجبه ومقتضاه. بل إرادة المعنى آكد فإنه المقصود واللفظ وسيلة، وهو قول أئمة الفتوى من علماء الإسلام، وقال مالك واحمد فيمن قال: أنت طالق البتة. وهو يريد أن يحلف على شىء ثم بدا له فترك اليمين. لا يلزمه شىء لأنه لم يرد أن يطلقها. . .».

(٢) ومع هذا فنجد ابن القيم فى موضع آخر جـ ٣ ص ٨٠ يقول «وإنما حصل للشخص مباشرة الأفعال والأقوال فالسبب إلى العقد وحكمه إلى الله».

(٣) ومن أجل هذا نجد أن ابن القيم فى ١١٩، يقسم الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المتكلمين ونياتهم وإرادتهم لمعانيها ثلاثة أقسام:

١ـ أن تظهر مطابقة القصد للفظ.

٢ - ما يظهر أن المتكلم لم يرد معناه.

٣ - ما هو ظاهر فى معناه ويحتمل إرادة المتكلم له، ويحتمل إرادته لغيره، ولا دلالة على واحد منهما.

فإذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام أو لم يظهر قصد كلامه وجب حمل كلامه على ظاهره. أما إذا ظهر مراد المتكلم بخلاف ما أظهره فهو الذى وقع فيه الخلاف. ثم يقول: «وقد تضافرت أدلة الشرع وقواعده على أن المقصود فى العقود معتبرة دون الألفاظ المجردة التى لم تقصد بها معانيها وحقائقها أو قصد غيرها. .» كما أنه قال قبل ذلك ص ١٠٨ «إن المقاصد معتبرة فى التصرفات والعبارات» فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشىء حلالا أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً وطاعة أو معصية».

فمبدأ سلطان الإرادة فى هذا المذهب وإن لم يقف حائلا بين الأخذ بنظرية التعبير الصريح مطلقاً بدليل قيام العقود المشوبة بعيوب الرضا فى هذا المذهب وجعلها غير لازمة عدا عقد المكره فهو متردد عندهم بين البطلان وعدم اللزوم، فإنه استطاع أن يقر بطلان العقود الصورية المشوبة بخطأ فى التعبير.

والفقه المالكى كالفقه الحنبلى فى اتجاهه ناحية سلطان الإرادة، وجعل الرضا بأثر العبارة فى التعاقد والقصد إليه أساساً فى ترتيب الأثر وظهور الحكم. فأبطل عقد الهازل والمخطئ فى التعبير لانعدام القصد إلى العبارة طلباً لآثارها، إذ مجرد القصد إلى التلفظ يكفى لترتب الآثار، إلا أن هذا الفقه أيضاً لم يقف حائلا بين الأخذ بنظرية التعبير الصريح مطلقاً إذ اعترف بقيام العقود المشوبة بعيوب الإرادة كالتدليس والغبن والغلط فى محل العقد والإكراه أيضاً وجعلها كلها غير لازمة.

أما الأحناف فإنهم لم ينحازوا إلى مبدأ الجعلية وربط الآثار بإرادة الشارع، كما لم يتجهوا إلى مبدأ سلطان الإرادة فى كل العقود ولذا وضح عندهم التفريق بين إرادة العبارة وإرادة الأثر، وفرقوا تبعاً لذلك بين الرضا والاختيار، ورأوا أن كلا منهما متميز عن الآخر.

فالاختيار، هو مجرد إرادة العبارة أو ما يقوم مقامها باعتبار أنها سبب عادى لإنشاء العقد، وأداة شرعية لوجوده سواء وجدت الرغبة فى إنشاء العقد أو لم توجد، ويتم الاختيار عندهم بترجيح فعل الشيء على عدم فعله أو العكس، ويرون أن الاختيار قد يكون صحيحاً عن ميل ورغبة، وقد يكون دفعاً لشر أعظم أو اختياراً لأخف الضررين[1].

أما الرضا، فهو ارتياح النفس وانبساطها عن عمل ترغب فيه، ويعرفه الفقهاء بأنه هو الرغبة فى آثار العقد من ترتب الحكم الشرعى عليه عند وجوده وإنشائه[2].

---

(١) ويعرف صدر الشريعة الاختيار فى كتابه التوضيح جـ ٢ ص ١٩٦، بأنه القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر.

(٢) ويعرفه صاحب كشف الأسرار جـ ٤ ص ٣٨٣ «بأنه امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه ونحوها».

وبذا يكون الاختيار عندهم هو مجرد القصد إلى السبب الذى هو العبارة أو ما يقوم مقامها، والرضا هو الرغبة فى الآثار، والنتائج التى هى حكم العقد، وواضح أن الرضا دائما يشمل الاختيار دون العكس، فقد يوجد الاختيار عندهم دون الرضا كعقد الهازل والمكره[١] ، فكلاهما تحقق معه الاختيار دون الرضا، وقد تبينت أن قواعد الأحناف تفيد أن الأساس الأول لانعقاد العقد هو تحقيق الاختيار لأن به يوجد العقد وتتكون صورته ما دام العاقد قد قصد إلى العبارة المؤدية إليه أو ما يقوم مقامها، أما ترتب الحكم الشرعى على هذا التعاقد، وإلزام هذه العبارة لصاحبها فإنه يرجع إلى تحقق الرضا، أى إرادة الأثر، فالرضا وإن لزم لصحة العقد فإنه لا يلزم لمجرد انعقاده ووجوده فى الخارج، أى أن الاختيار الذى هو القصد إلى العبارة ركن لانعقاد العقد، أما الرضا بالآثار المترتبة على هذا العقد فإنه شرط صحة التصرف[٢] وليس ركناً.

وقد ترتب على تفرقة الأحناف بين الاختيار والرضا وجود قسم للعقد لم يوجد عند غيرهم من الفقهاء هو العقد الفاسد[٣] وسيأتى بيانه، فإذا تحقق الاختيار دون الرضا انعقد العقد عندهم فاسداً وينقلب صحيحاً إذا تحقق الرضا فى الوقت المناسب، وإذا لم يتحقق شىء من الرضا والاختيار كان العقد باطلا لا اعتبار له وتكون العبارة لغواً، أما إذا تحقق الرضا وهذا يستتبع تحقق الاختيار حتما فإن

---

(١) يقول الكمال فى الفتح جـ ٢ ص ٢٤٨ «وأما الهازل لمسريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه» وأما المكره فيقول صاحب الهداية جـ ٢ ص ١٨٣ «لأنه عرف الشرين واختار أهونهما، وهذا غاية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه» أما عقد المجنون ومن فى حكمه ومن سبق الحديث عنهم فإنه لم يتحقق معهم اختيار ولا رضاء. فتخلف عنصر الإرادة.

(٢) الفتح جـ ٥ ص ٧٤ والفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢ ورد المختار جـ ٤ ص ٤.

(٣) يقول الأستاذ الدكتور السنهورى فى كتابه مصادر الحق جـ ٤ ص ٢٩٩ «إن فكرة العقد الفاسد فى الفقه الحنفى فكرة رائعة فى الصناعة الفقهية وإنها لتدل كيف يخطو خطوة خطوة فى مراحل التطور عن طريق الصناعة الفنية» ويقول قبل ذلك مباشرة «الفقه الحنفى عمل بهذا على التخفيف من الأسباب الكثيرة التى تضعف من قوة العقد، والفقه الغربى ليس فى حاجة إلى العقد الفاسد لأنه خطا مراحل فى قوة العقد الملزمة استبعد فيها الأسباب الكثيرة التى تضعف من هذه القوة فأجاز اقتران العقد بالشرط وضيق من نطاق الغرر»

العقد يكون صحيحاً، وبذا يكون العقد عندهم صحيحاً وباطلا وفاسداً ولولا وجود هذه المنزلة الوسط بين الصحة والبطلان التى أوجدها الأحناف لما تعدد الجزاء على مخالفة العبارة للإرادة ولكان الجزاء واحداً كما هو عند غيرهم.

وبناء على هذه التفرقة بين الرضا والاختيار وإيجاد قسم الفساد، نجدهم أوجدوا بعض أنواع من التصرفات أقاموا فيها مجرد القصد إلى العبارة ممن تصح عبارته مقام إرادة الأثر وهى من التصرفات التى لا تقبل الفسخ كالنكاح والطلاق والرجعة، وهى من التصرفات التى جاءت بها روايات حديث «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد» ورتب الأحناف ومن تابعهم على ذلك صحتها وقد سبق بيانه.

أما بالنسبة للعقود التى تقبل الفسخ كالبيع والإجارة فإن كان العاقد له إرادة وقصد، وعبارته معتبرة صدرت باختياره الصحيح دون إكراه فإن العقد يكون صحيحاً، وإن كان الاختيار فاسداً بأن كان مكرهاً أو مخطئاً فى العبارة أو هازلا فإن العقد ينعقد فاسداً، وقد ينقلب صحيحاً إذا تحقق الرضا بعد ذلك، وإلا فإذا كان الشخص عبارته غير معتبرة كالمجنون والصبى غير المميز ومن في حكمهما كانت التصرفات والعقود كلها باطلة لا يترتب عليها أى أثر.

وأخيراً فالفقه الإسلامى وإن كان ينحاز إلى جانب نظرية الإرادة الظاهرة[1] فإنه فى الواقع يتجه ناحية الإرادة الباطنة ويأخذ بها كثيراً، وإن كان مدى هذا الاتجاه الأخير يظهر بوضوح فى الفقه الحنبلى والمالكى اللذين يتجهان إلى مبدأ سلطان الإرادة والرضائية فى العقود، ويظهر أقل وضوحاً فى الفقه الحنفى ثم لا يكاد يبين فى الفقه الشافعى على ما سبق.

---

(١) ولقد عرض الدكتور محمد وحيد سوار فى رسالته التعبير عن الإرادة من ٤٦٢ ـ ٤٦٨ الآراء التى تناولت موقف الفقه الإسلامى من نظريتى الإرادة الظاهرة والباطنة، ونقل ما قاله الدكتور السنهورى من أن الفقه الإسلامى قد أخذ بالإرادة الظاهرة، كما نقل ما قاله الأستاذ صبحى محمصانى من أن الفقه الإسلامى أخذ بالإرادة الباطنة، ثم خلص أخيراً بما يتفق مع ما ذكرناه وما قلناه قبل فى كتابنا الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٥، وتاريخ التشريع الإسلامى سنة ١٩٥٨.

هذا وقد اتفق الفقهاء على أن الرضا فى عقد الزواج لا يكفى لصحة العقد وترتب أثره عليه، وإنما اشترطوا الإعلان والشهادة لأنه غرض مقصود فى الزواج، وبذا يكون عقد الزواج بهذا الاعتبار من العقود الشكلية، كما توجد عقود فى الفقه الإسلامى تتوقف على التسليم كالهبة. فهى تشبه العقود التى يسميها رجال القانون بالعقود العينية.

إلا أن العقود الشكلية فى الفقه الإسلامى قليلة ومحددة، وأن هذا الفقه يغلب على طابعه فى أغلب العقود الناحية الرضائية، أى أنه بمجرد تمام هذا الرضا بالعقد يتم ويترتب أثره عليه دون توقف على شىء آخر إلا ما يظهر هذا الرضا من عبارة أو ما يقوم مقامها. يقول الله تعالى[1] ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ ويقول الرسول عليه السلام «إنما البيع عن تراض» وبذا نستطيع القول بأن العقود الشرعية عقود رضائية[2].

ومع هذا فمبادئ التشريع الإسلامى الذى يرعى مصالح الناس، لا تمنع، بل قد تتطلب بعض النواحى الشكلية فى العقود تبعاً لاختلاف أحوال الناس وخضوعا لما فيه صالحهم كاشتراط توثيق العقود، أو الاشهاد عليها واشتراط تسجيلها.

---

(١) سورة النساء جـ ٥/ ٢٩.

(٢) وفى مصادر الحق للدكتور السنهورى جـ ٣ ص ١٥٣ «لعل الفقه الإسلامى استغنى بفكرة وحدة العقد وفكرة اللفظية وفكرة مجلس العقد عن الشكلية فى العقود. تلك الشكلية التى بدأت فى القانون الرومانى رسوما وأوضاعا ساذجة، وجاءت فى الفقه الإسلامى ضرباً من الشكلية أكثر تهذيباً» ولكن هذا القول بإطلاق يبدو انه محل نظر لأن هذه الأمور محل تفصيل عند الفقهاء، على أن الفقهاء قصدوا بمراعاتها فى الغالب تحقق الرضا على وجه سليم فلوحظ بوحدة العقد عدم جموح الإرادة فى اشتراطاتها دون قيد، ولوحظ باللفظية التى ذكروها باستعمال الفعل الماضى أو ما يؤدى معناه والإخبار عن رضاه قد تحقق ووجد فعلا، ولوحظ فى مجلس العقد وجود فترة ترو قبل الالتزام. ويقول الدكتور محمد وحيد سوار فى التعبير عن الإرادة ص ٤٨٥ «إن الصناعة الفقهية الإسلامية إذ أوجدت مبدأ الرضائية فإنها أوجدت فى نفس الوقت ما يشبه صمامة الأمن».

المبحث الخامس

الإرادة المنفردة وتكوين العقد

الالتزام من جانب واحد يتم بالإرادة المنفردة:

إذا عزم شخص على شىء فيه التزام له من غير أن يتوقف على التزام أو قبول من جانب آخر كان ملزما ما دام قد أظهره بأداة من أدوات التعبير وهذا كثير فى الفقه الإسلامى، ومن أمثلته الطلاق والرجعة والإبراء من الحقوق المجردة واليمين والوقف والوصية على جهات الخير، فبمجرد قول الرجل لامرأته أنت طالق، وقول المشترى للبائع أبرأتك من العيب الذى يظهر فى المبيع، وقول المطلق فى عدة مطلقته رجعياً راجعتك. طلقت زوجته وبرىء البائع من العيب وعادت المطلقة إلى عصمته من غير توقف على قبول الطرف الآخر أو الالتزام منه، وبمجرد ان يقسم الشخص على فعل شىء أو تركه أصبح ملتزماً أمام الله، وفى الوقف على الفقراء والمساكين من غير حصر لهم ولا تعيين[1] وفى الوصية على الجهات التى لا تتعين بأشخاص ما دام الموصى قد مات مصراً على وصيته فإنه يتم الالتزام فى ذلك جميعه بالإرادة المنفردة التى تظهرها العبارة[2]، وهكذا بالنسبة لسائر الإسقاطات المحصنة، لأن الساقط لا يعود، وما دامت هى إسقاطات محصنة فإنها لا تتوقف على قبول من أحد أو التزام، أما الإسقاطات التى فى معنى التمليك كإسقاط الدين عن المدين فإنه لا يتم الالتزام فيه بمجرد الإسقاط، إذ أن من حق المدين أن يرد هذا الإسقاط وتأبى عليه كرامته المنة فإذا رفض بقى الدين كما هو وارتد الإسقاط برده، وأما الوقف على شخص معين ومن بعده على غيره فإن

---

(١) على تفصيل فى أن الوقف يحتاج إلى قبول إذا تعين الموقوف عليهم أم لا. راجع شرح قانون الوقف ٤٨ سنة ١٩٤٦ لأستاذنا الجليل الشيخ محمد أحمد فرج السنهورى عند شرح المادة (٩) من ص ١٣٤ ـ ١٤٣. وراجع لنا الوقف من الناحية الفقهيه والتطبيقية.

(٢) وقد اشترطت المادتان ١، ٢ من القانون المذكور لصحة الوقف أن يصدر به إشهاد ممن يملكه لدى المحكمة الشرعية التى بدائرتها أعيان الوقف كله أم أكثرها قيمة.

الاستحقاق يسقط برد الموقوف عليه وعدم قبول ما فرضه الواقف له. وكذا الوصية لمعين فإنها يمكن أن ترتد بالرد فلا يتم بهـا الالتزام إلا إذا قبلها الموصى له من غير رد لها، إذ القاعدة أنه لا يمكن لأحد أن يدخل شيئاً فى ملك غيره إلا برضاه، مع ملاحظة ما يراه مالك من أن عـقود التبرعات ملزمة للمتبـرع بمجرد الإيجاب ما لم يوجد مانع قبل الحيازة من الطرف الآخر.

الجعالة: ومن هذا القبيل ما أسماه الفقـهاء بالجعالة، وهى أن يلتزم شخص بأجر أو مكافأة لآخر نظير أن يقوم بعمل من غير تحديد وقت القيام به[١].

وأساس مشروعيـتها قول الله تعالى: ﴿فلما جهزهم بجـهازهم جعل السقاية فى رحل أخيه ثم أذن مؤذن أيتهـا العير إنكم لسارقون* قالوا وأقبلوا عـليهم ماذا تفقدون* قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾[٢]، وقول الرسول عليه السلام فى غزوة حنين «من قتل قتيـلا فله سلبه» والأصل أنه لا يجوز أن يحدد

---

(١) يقول الفيلسوف ابن رشـد «الجعل هو أن تجعل للرجل جعلا على عمل يعـمله إن أكمل العمل وإلا فلم يكن له أى شىء وذهب عناؤه باطلا، وهذا أجازه مالك وأصحابه، ما دام لا منفعة له فيه للجاعل إلا بتمامه، وخلافاً لأبى حنيفة والـشافعى فى أحد قوليه، والجعالة فى القياس غرر إلا أن الشرع قـد أجازها». راجع مـقدمـات ابن رشد جـ ٢ ص ٣٠٤ ـ ٣١٠، وشـرح منهاج الطالب وحواشيه جـ ٣ ص ١٣٠ والجـعالة بكسر الجيم على الأفصح ويجوز فـيها الفتح والضم وجمعها جعائل.

(٢) سورة يوسف جـ ١٢/ ٧٠/ ٧٢ الـسقاية مـا يـسقى به وكـانـت من الذهب وقيل من فـضة مموهة بالذهب أو مرصعـة بالجواهر، وقيل إناء يشرب به الملك ويكال به الطعـام للناس. وقيل تسقى به الدواب وتكال به الحـبوب. روح المعانى جـ ٣ ص ٣٤، وعـلى كل فهى شىء يعـتز به ومما يستعمل عند الملوك فهى جـليلة القيمة. والمراد بأيتها العير أى بأصحـاب القافلة ، ماذا تفقدون الفقد عـدم الشىء بعد وجوده وقيل هو عدم الشىء بأن يضل عـنك لا بفعلك. وفى هذا إرشاد للتعبير الواجب بدل الاتهام بالسرقة من غيـر تأكد، وقالوا نفقد صواع الملك مبالغة فى الإيضاح بدل أن يقولوا نفقد سقاية الملك، ومعنى أنا به زعيم أى كفيل بالأداء. واستدلوا بهذه الآية على جواز تعليل الكفالة بسبب وجود المال وهى المجىء بصـواع. وشرع من قبلنا شرع لنا، إذا مضى من غيـر إنكار. وقال بعض الشافعـية «إن هذه الآية محمـولة على الجعالة لما يأتى له لا لبـيان الكفـالة، فالجعـالة من المنادى نفسـه...» روح المعانى للألوسـى جـ ١٣ ص ٢٥، ٢٦ وشـرح المنهاج جـ ٣ ص ١٣٠ وما بعدها.

للمجعـول له وقت معين، وله أن يرد قبل الشروع أو بعـده، ولا شيء له إلا بتمام العمل الذى جعلت الجعالة من أجله.

واشترطوا لصحة الجعالـة ألا يكون الفعل مما يلزم المجعول له عمله فلو قال لآخر إن جئـتنى ببعيرى الشارد أو بمتـاعى الضائع فلك عندى كذا وكان البـعير أو المتاع عند ذلك الشخص، أو كان يعلم مكانه فـإنه يجب عليه رده إلى صاحبه دون أن يطالبه الالتزام(١).

واختلف فى الجـاعل: فقيل إن الجعل يلزمـه بالعقد، وقيل لا يلزمـه حتى يشرع الآخر فى العمل لئلا يبطل عمله، فـإذا مات الجاعل قبل أن يشرع الآخر فى العمل على الـرواية الأولى، أو بعد شروعـه فى العمل على الرواية الثـانية. يلزم ورثته، وإن مـات المجعـول له كذلك نزل ورثته منـزلته وليس للجاعـل منعهم(٢). ويستحق الجـعل بفعل الشىء الذى من أجله التزم بالجـعل ويجب أن يكون الجعل معلوما إن كـان الجعل مما فى يده أو من ماله المعين، كمن يقـول من وجد ضالتى فله كذا. فهذه المكافـأة يجب أن تكون معلومة لأنها جعالة بـعوض من مال معلوم فوجب أن يكون الجعـل معلوما، أما إذا كان الجـعل من نفس الشىء الذى يبحث عنه وكان الجعل بسببه كأن يجعل لـه جزءا من مال العدو الذى يهاجمه، ومثل أن تجعل الدولة لمن يعثر على منجم أو حقل بترول قدراً معيناً منه كالخمس مثلا، جاز أن يكون الجعل مجـهولا جهالة لا تمنع التـسليم ولا تفضى إلى التنازع، لأن النبى عليه السـلام جعل للسـرية الثلث والربع مما غنموه وهـو مجهـول إذ الغنيمـة كلها مجهولة ولأنه مما تدعو الحاجة إليه، والجعالة إنما تجوز بحسب الحاجة(٣).

---

(١) راجع الالتزامات للحطاب ص ٤٥.

(٢) راجع البدائع جـ ٦ ص ٢٠٦، المغنى جـ ٨ ص ٣٨١.

(٣) يقول جلال الدين المحلى فى شرح منهاج الطالبين جـ ٣ ص ١٣٩ «ويشترط كون الجعل معلوما إذ لا حاجة إلى جهالته بخلاف العـمل، فلو قال من رد على بعيرى الشارد فله ثواب أو أرضيه فسد العقد، وللراد المجعول له أجر المثل كالإجارة الفاسدة».

فالجعالة كما تكون لشخص معين تكون لأى شخص يقوم بالعمل من غير ان يكون معلوما لدى العاقد، كقوله للغزاة من دخل هذا الحصن أولا فله كذا. وكما جاء فى الآية الكريمة: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾، فهنا التزم الجاعل بالمكافأة لا لشخص بعينه، ولم يقابل التزامه قبولا أو التزاماً آخر. ومن هذا القبيل جعل مكافأة معينة للمتفوقين فى امتحان كذا أو لمن يرد عليه ضالته، أو من يعثر على منجم أو آثار، أو من يقبض على هارب أو يرشد إلى مجرم، إلى غير ذلك من المصالح العامة أو الخاصة التى يعلن فيها عن مكافأة لمن يقوم بها(١)، وتكون من قبيل حث الهمم والتشجيع على الجهاد فى سبيل الخير والصلاح، فلزم أن يكون هذا ملزماً لا يصح للجاعل أن ينكث عهده، والجاعل ملتزم بما جعل، وخصوصاً بعد أن يشرع فرد أو جماعة فى العمل، ولكن ينقل بعض الكتاب عن الفقهاء(٢)، انهم يرون أن هذا الوعد غير ملزم لصاحبه ولمن قام بالعمل أجر المثل عند عدول الجاعل عن الوعد السابق بالمكافأة، وينقلون عن أبى حنيفة أنه لا يجيز ذلك لما يترتب عليه من غرر.

---

(١) يقول الكاسانى فى البدائع جـ ٦ ص ٢٠٦ «إذا قال شخص لصاحبه إن سبقتنى فلك كذا أو قال السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا، أو قال للغزاة من دخل هذا الحصن اولا فله كذا جاز لأن جميعه من باب التحريض والتدريب على الجهاد. وإذا لم يتحقق هذا المعنى فلا يجوز إذ يبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه»، وفى المغنى جـ ٨ ص ٣٨١ «إذا قال الأمير من طلع هذا الحصن أو هد هذا السور أو ثقب هذا النقب أو فعل كذا فله كذا أو من جاء بأسير فله كذا جائز فى قول أكثر أهل العلم» ثم يقول فى جـ ٨ ص ٣٨٣ «ويجوز للإمام أو نائبه ان يبذلا جعلا لمن يدله على ما فيه مصلحة للمسلمين مثل طريق سهل أو ماء فى مفازة أو قلعة يفتحها أو مال يأخذه أو عدو يغير عليه أو ثغرة يدخل منها لا نعلم فى هذا خلافا لانه جعل فى مصلحة فجاز».

(٢) راجع الأموال ونظرية العقد للأستاذ الدكتور محمد يوسف ص ٢٧٦، والنظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور شفيق شحاته جـ ١ ص ١٧٠ ـ ١٧١ ولعل هذا يوافق ما جاء بالمنهاج جـ ٣ ص ١٣٣ «لكل منهما الفسخ قبل تمام العمل فإن فسخ أحدهما قبل الشروع أو فسخ العامل بعد الشروع فلا شىء، وإن فسخ المالك بعد الشروع فعليه أجرة المثل وقيل لا شىء».

ولنا أن نقول أنه يمكن اعتبار من قام بالعمل على ما وعد به الجاعل قابلا ضمناً للإيجاب ما دام قد علم به، وبذا نكون أمام عقد مكون من إيجاب وقبول إن لم يتعين فيه القابل وقت توجيه الإيجاب إلا أنه قد تعين بالقبول(١) وخصوصاً إذا كان الذى قام بالعمل من طبيعة عمله أن يفعل ذلك، وفى شرح المنهاج لا يشترط قبول العامل وإن عينه الجاعل بل يكفى الإتيان بالعمل.

أما إذا كان من قام بالعمل لم يعلم بالمكافأة وقام به من نفسه كمن يجد مالا ضائعاً فيرده إلى صاحبه الذى وعد بمكافأة لمن يجده ـ وهو لا يعلم بهذا الوعد، فإن هذا يكون من باب الالتزام بالإرادة المنفردة وينطبق عليه ما نقلناه لك عن ابن رشد من أن الشافعى ورواية عن مالك على أنه لا يستحق الجائزة مطلقاً وهو رواية أخرى عن مالك وظاهر مذهب أحمد(٢).

العقد والإرادة المنفردة:

جمهور الفقهاء متفقون على أن الإيجاب بمفرده غير ملزم لصاحبه ما دام لم يتصل به القبول فى المجلس، وعلى ذلك فمن حق الموجب أن يرجع عن إيجابه حتى فى مجلس العقد قبل قبول الآخر، ولم يخالف فى ذلك إلا المالكية فإنهم رأوا أن الموجب يلتزم بإيجابه أمام من وجه إليه الإيجاب حتى ينتهى مجلس العقد أو يظهر رأيه فى الإيجاب. وعلى هذا فالإيجاب قبل اتصاله بالقبول لا يكون ملزماً فى الفقه الإسلامى إلا فى مسألة تمليك الزوج لزوجته أمر نفسها، بأن يجعل لها أن تطلق نفسها فإن الزوج ليس له بعد ذلك أن يرجع فى إيجابه فى المجلس

---

(١) وهذا مثل البيع بالمزاد العلنى فإن الإيجاب فيه لم يوجه لشخص بعينه. وقد حدث أن جاء رجل من الأنصار يسأل الرسول ما يقوت به نفسه وأهله، فقال له «ما فى بيتك شىء فقال الرجل بل حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء ـ الحلس: الثوب الخشن، والقعب: القدح فقال له ائتنى بهما. فلما جاءه بهما أخذهما بدرهمين. فأعطاهما إياه، وأعطى الأنصارى الدرهمين وقال له: اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك، واشتر بالآخر قدوما فأتنى به، فلما أتاه بالقدوم شد فيه عوداً وقال له: اذهب احتطب وكل. . .» فهذا يفيد شرعية التزايد.

(٢) وقد تناولت المادة ١٦٢ من القانون هذا الموضوع وسنتناوله فيما بعد.

لأن إيجابه يعتبر طلاقا من جهته معلقاً على قبولها فرجوعه بمثابة إسقاط معلق. والإسقاطات إن كانت معلقة فليس للمسقط حق الرجوع. ومع هذا فإذا لم تقبل الزوجة الإيجاب فى المجلس كان إيجاباً غير ملزم بعد المجلس لأنه عقد تمليك وهو لا يتم إلا بإيجاب وقبول.

هل يتم الإيجاب والقبول من شخص واحد:

إذا وكل شخص غيره ليبيع له شيئاً، ووكله آخر فى أن يشترى له شيئاً مما هو وكيل فى بيعه فهو وكيل عن الراغب فى البيع وعن الراغب فى الشراء، وكذا إذا وكل شخص غيره فى أن يزوجه بفلانة ووكلته هى فى أن يزوجها بنفس الشخص، فهل يصح أن يجرى الوكيل عقد البيع وعقد الزواج بعبارته الواحدة التى تمثل إرادته المنفردة باعتباره وكيلا عنهما، وكذلك لو كان ولياً أو وصياً، أو كان وكيلاً عن أحدهما ووليا أو وصياً عن الآخر؟ الفقهاء متباعدون فى الرأى تباعداً بيناً، ومن بين أسباب هذا اختلافهم فى إلتزام الوكيل بحقوق العقود[1] التى يباشرها.

فالأحناف يرون أن الوكيل هو الملزم بكل ما يستتبع عقود المفاوضات من آثار كالمطالبة بالثمن أو المطالبة بتسليم المبيع أو رده إن ظهر به عيب لأنه هو الذى باشر العقد، ولم يكن للموكل صفة فى العقد، وخالفهم فى ذلك جمهور الفقهاء، أما غير المعاوضات فالحقوق ترجع إلى الأصيل اتفاقا، وعلى ضوء هذا وغيره نقدم لك رأى الفقهاء.

يرى المالكية والحنابلة أنه يصح التعاقد بإرادة واحدة فى جميع العقود إذ إرادته تمثل إرادتين وعبارته تمثل عبارتين ولا ضير فى ذلك، لأن حقوق العقد إنما ترجع إلى الموكل فى كل العقود، فيصح أن يتولى شخص واحد العقد بمفرده،

---

(١) حقوق العقد ما يستتبعه من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتكمله مما يثبت حقا لطرفيه وسيأتى بيان ذلك فى الوكالة.

فيقول زوجت فلانة إلى فلان؛ أو بعت دار على لخالد، بل أجاز الحنابلة للشخص أن يكون وكيلا عن المدعى وعن المدعى عليه فى نفس الوقت(١).

وبعكس ذلك محمد زفر من الأحناف يمنع جواز انعقاد العقد بإرادة واحدة وشخص واحد فى جميع العقود، لأنها تتكون من إيجاب وقبول يمثل كل منهما إرادة مستقلة، ولأنه بالنسبة لعقود المعاوضات إنما ترجع حقوق العقد إلى الوكيل فكيف يجمع بين حقين متناقضين، وأما بالنسبة لعقود الزواج فلقول الرسول: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولى وشاهدا عدل» فاشترط الخاطب والولى، ولو كان يصح أن يتم عقد الزواج بإرادة واحدة لما اشترط الخاطب مع ولى الزوجة(٢).

والشافعى مع زفر فى منع انعقاد العقد بالإرادة المنفردة غير أنه استثنى من ذلك حالة الولى، كالجد مثلا بالنسبة لحفيديه فإنه يملك أن يزوج حفيده الذى فى ولايته من حفيدته التى فى ولايته، ويرى أن ولاية الإجبار لا تثبت إلا للأب والجد فقط(٣).

---

(١) راجع كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٣٨، وفى المغنى جـ ٥ ص ١٠٩ «وإن وكل رجل آخر فى بيع عبده، ووكله آخر فى شراء عبد فقياس المذهب أنه يجوز أن يشتريه من نفسه لأنه اذن له من طرفى العقد فجاز له أن يليها إذا كان غير متهم، كالأب يشترى من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان فى الدعوى عنهما فالقياس جوازه لأنه يمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما» وأرى أن إجازة الوكالة فى الخصومة أمام القضاء عن الطرفين توقع الوكيل فى شىء من الحرج وإن كان أساس نظرة ابن حنبل أن الوكيل سينقل كلام الموكل وحجته كما هى فقط.

(٢) راجع البدائع جـ ٢ ص ٢٣١، ٢٣٢ وفى الهداية جـ ص ١٥٩ «وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز، وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز لأن الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما فى البيع»وفى الفتح جـ ٢ ص ٢٤٧ «لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضاد حكمى التمليك والتملك».

(٣) راجع نهاية المحتاج جـ ٥ س ص ١٩٣. وفى البدائع «إلا أن الشافعى يقول فى مسألة الولى إنها حالة ضرورة لأن النكاح لا ينعقد بلا ولى فإذا كان المولى متعيناً فلو لم يجز نكاح المولية لامتنع نكاحها أصلا وهذا لا يجوز وهذه الضرورة ممتنعة فى الوكيل».

والأحناف عدا زفر يفرقون بين العقود فيمنعون ذلك بالنسبة لعقود البيع وما فى حكمها ويجيزونه فى عقود الزواج، فقالوا إن الواحد يصح أن يكون معبراً عن اثنين وأن تتضمن عبارته عبارتين: إيجاباً وقبولا، وأن يتم العقد ويترتب عليه أثره الشرعى بإرادة واحدة فى عقود الزواج، سواء أكان مباشر لعقد ولياً جداً أم عماً أم ابن عم أو وكيلا[1]. أما عقود المعاوضات فإنها لا تصح بارادة واحدة ولابد لتمامها من وجود إرادتين لشخصين حقيقيين إحداهما تمثل الإيجاب والأخرى تمثل القبول، ولأن الحقوق فيها ترجع إلى من باشر العقد.

واستثنوا من ذلك بيع الولى ـ أباً كان أو جداً ـ مال الصغير لنفسه أو لغيره ممن فى ولايته، وكذا بيع القاضى مال القاصر لقاصر آخر لأن القاضى ولى من لا ولى له، وكذا بيع القاضى من مال وقف إلى جهة وقف آخر كلاهما فى ولايته. واستدل علي إجارته بالنسبة لعقود الزواج مطلقا بأن حقوق العقد ترجع الأحناف لصاحب الشأن اتفاقاً فيها، وبما روى أن الرسول قال لرجل: «أترضى ان أزوجك فلانة؟ فقال: نعم، وقال للمرأة: أترضين ان أزوجك فلاناً؟ فقالت: نعم. فزوج أحدهما بصاحبه».

العقد بإرادة واحدة والعاقد طرف فيه: إذا باشر شخص العقد بإرادته المنفردة باعتباره أصيلا ووكيلا. كأن يكون وكيلا عن المشترى فى شراء شيء له فباعه ما عنده وباشر العقد منفرداً بإرادته، أو أن توكل امرأة رجلا فى أن يزوجها من نفسه، أو أن يكون ابن عم وفى ولايته ابنة عمه الصغيرة التى لا ولى لها سواء عقد عليها لنفسه، فالإمام الشافعى على حسب قواعد مذهبه التى بيناها لا يجيز شيئاً من هذا لأن العقد عنده لا يمكن أن يتولاه شخص واحد إلا فى تزويج

---

(١) ما دام لمتولى العقد صفة بالنسبة لكل من الزوجين وكيلا أم ولياً او وصياً أو اصيلا او شيئاً من ذلك كما يرى الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن، أما أبو يوسف فلا يشترط ذلك ويجيز ان يباشر العقد الشخص الواحد بإرادته المنفردة حتى ولو كان فضولياً فإن العقد ينعقد موقوفاً على إجارة الأصيل. وقد احتج على أن العقد ينعقد بالعبارة الواحدة ولو كان صاحبها فضولياً بأنها قائمة مقام عبارتين وهى تعبر عن شخصين وإن لم تكن له ولاية عليهما او على احدهما.

الولى لحفيديه للضرورة، وقد منع زفر دون استثناء، أما مالك وابن حنبل[١] فقد أجازا ذلك، أما الأحناف فيفرقون بين العقود، إذ يجيزون ذلك فى عقود الزواج فله أن يتزوج ممن وكلته فى زواجها منه أو فى الزواج من شخص غير معين، أما فى عقود المعاوضات فلا يصح إلا ما سبق ذكره ـ وهم جميعاً على حسب ما تقدم بالنسبة لمباشرته العقد للغير، اللهم إلا بعض اشتراطات يشترطها الفقهاء منعاً للمحاباة، فمثلا يقول ابن حنبل: لابد أن يأخذ الوكيل لنفسه بثمن أكثر.

أما القانون[٢] فقد ضيق جواز الالتزام بالإرادة المنفردة حتى يكاد يكون قد حصره فى الجعالة، أما تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه فقد منعه القانون إلا بتصريح من صاحب الشأن ومراعاة ما تقضى به القواعد التجارية والقانون[٣]، ويفرق القانونيون بين العقد الملزم لجانب واحد Contrat-unilateral وبين التصرف الملزم من جانب واحد Acte-juridique-unilateral وقالوا إن الأول تجب فيه إرادتان مثل الهبة بغير عوض، والوديعة بغير أجر، والرهن الرسمى، والكفالة، وهذه العقود وإن كانت فى القانون الجديد قد تحولت إلى عقود ملزمة للجانبين، فلم يبق إلا الوديعة بغير أجر، وأما الثانى وهو التصرف الملزم من جانب واحد فهو مثل الوعد بجائزة والوصية والوقف[٤].

(١) وفى رواية عن أحمد أنه يمنع إذا كان وكيلا عن البائع واشتراه لنفسه ـ راجع المغنى المكان السابق.

(٢) المادة ١٦٢ تنص على: «من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها وإذا لم يعين الواعد أجلا بالعمل جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور».

(٣) تنص المادة ١٠٨: «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجبر على التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة».

(٤) مصادر الالتزام للأستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٥٩. هذا وقد حدثنا الأستاذ الدكتور السنهورى حديثاً فياضاً عن المدارس القانونية فى الالتزام ـ وأن هناك المذهب الشخصى والمذهب المادى، كما توسع فى الكلام عن تعاقد الشخص مع نفسه فارجع إليه فى كتابه الوسيط من ص ١٦ إلى ١١١ ومن ٢٠١ إلى ص ٢٠٥.

الفصل الثالث

محل العقد

محل العقد وشروطه[1]:

محل العقـد وهو ما تتعلق به أحكامه وآثاره أو مـا كان التعاقد بخـصوصه، ولابد لكل عـقد من محـل يضاف إليه وهـو فى البيع المبـيع، وفى عقـد الإجارة المنفعة، وفى عقد العمل عمله، وفى الزواج المنفـعة المتبادلة بين الزوجين» فمحل العقد لا يخرج عن أن يكون مالا، أو عملا، أو منفعة.

وقد يرد على مـحل العقد مـا يجعله غيـر قابل للتعاقـد عليه شرعـاً، يقول الرسول بالنسبـة للخمر: «إن الذى حرم شـربها حرم بيعهـا وأكل ثمنها، ومع هذا فإنه يصلح محلا للتعاقد بالنسبة لغير المسلمين.[2]».

وكـورود حكم الشـرع بتحـريم زواج المرأة إن كـانت أختاً مـثـلا ولو فى الرضاعة[3] أو كانت فى عدة رجـل آخر، وتحريم التعاقـد على الربا، مع أن محل

---

(١) راجع فى هذا الموضوع جميعه البدائع جـ ٥ ص ١٣٨.

(٢) يقول صاحب الهداية جـ ٣ ص ٦٤ «وأهل الذمة فى المبيـعات كالمسلمين إلا فى الخمر والخنزير خاصة فإن عقدهم على الخمر كعقـد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال فى اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون».

(٣) ويتصل بهذا الكلام ما أثير حالياً حول التعـرف عن حكم الشرع فى جمع لبن الأمهات وتجفيفه وخلطه بأغذية أخرى وإرضاع الأطفال منها لبيان أن مثل هذا يحرم به الزواج أم لا؟ والذى أراه أنه لا يحـصل تحريم مـطلقاً بسـبب هذا الرضـاع لأن الرضاع المحـرم على الراجح هو خـمس رضعات مشبعات متفرقات معلومات من امرأة واحدة، وإلا يكون قد اختلط بغيره على تفصيل، يقول الفـقيه أبـو يوسف: لو اختلط لبن امرأتيـن ثبتت الرضاعـة المحرمة لمن غلـب لبنها دون الأخرى وإن كان الراجح فى المذاهب ثبوت التحريم بالنسبة لهما، وجاء فى فتح القدير إذا علم أن صبيـة أرضعتها امـرأة فى قرية ولا يدرى من هى فإنها تحل لأى رجل من هـذه القرية لعدم تحقق المانع فى خصوصية امرأة، ولأن اليقين وهو عدم التحريم لا يزول بالشك الحاصل من هذا الرضاع الذى قد تدعـو إليه مصلحة الصغـار. ومثله فى الفتاوى الهندية، وجـاء فى الدر المختار وابن عابدين جـ ٢ ص ٤٣٩ «ولو أرضعها أكثر أهل القرية ثم لم يدر من أرضعها فأراد أحدهم تزوجها جاز ما لم يثبت أنها تحرم عليه بسبب رضـاع متيقن. وبعد عرض ما قاله بعض الفقهاء يمكننا القـول بأن اللبن بعد تجفـيفه لا يمـتص إلا إذا خلط بقدر من الماء أكـثر منه لتعـود إليه سيولته ويتمكن الطفل من امتصاصه، وبهذا الخلط يتغـير وصفه غالبا فلا يثبت به تحريم. كما أن جمع اللبن من نساء كثـيرات غير محصورات وتجفيـفه مجهلة فلا تتعين مـعه المرضعات فلا تحريم أيضاً.

العقد مال يصح فيه التبايع، ولكن عند اتحاد الجنس فلا تصح الزيادة فى أحد البدلين لأن محل العقد قد ورد عليه تحريم الشارع بهذا الوصف ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾(١) إلى غير ذلك مما يخرج الشىء عن صلاحيته للتعاقد عليه.

واشترط الفقهاء فيما يكون محل عقد شرعاً أن يكون موجوداً وقت العقد، وأن يكون متعيناً خالياً من غرر يؤدى إلى تنازع بين المتعاقدين، وأن يكون قابلا لأثر العقد ومقتضاه، وأن يكون ممكن التسليم. وسنتناول هذه الشروط بشىء من البيان.

وجود المحل وقت التعاقد:

وعلى هذا فالأحناف وكثير من الفقهاء يرون أن المعدوم، وماله خطر العدم لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد، ومنعوا بيع الحمل فى بطن أمه لأنه قد يظهر ميتاً، واللبن فى ضرع الدابة مجازفة أو كيلا مثلا، لأنه قد يكون انتفاخاً لا لبناً(٢)، والثمرة قبل ظهورها لأن الأرض قد لا تنبتها، ولا يجوز أن يبيع شخص لآخر نصيبه فى تركة مورثه، لأن الوارث قد يموت قبل المورث، أو قد يتصرف المورث فى ثروته قبل موته، إذ فى بيع المعدوم وماله خطر العدم غرر وهو منهى عنه شرعاً لما يحدثه من تنازع، والعقود فى ذلك كلها سواء، لا فرق بين عقد معاوضة أو عقد تبرع أو غيره.

غير أنه يتعارض مع هذا ما أقره الشارع لكثير من العقود التى لا وجود فيها لمحل العقد وقت التعاقد، فقد أقر الشارع عقد الإجارة(٣)، مع أن محل العقد غير موجود وقت التعاقد، كما أقر عقد الاستصناع(٤) مع أن عمل الصانع غير موجود وقت العقد، وكذا عقد المزارعة(٥) فإن محل العقد وهو عمل الزارع غير موجود

---

(١) سورة البقرة ٢٧٥ جـ ٣.

(٢) المبسوط جـ ١٢ ص ١٩٤ الفتح والعناية جـ ٥ ص ١٩٢، البدائع جـ ٥ ص ١٣٨.

(٣) الإجارة عقد تمليك المنافع بعوض وهذا النوع من العقود يطلق عليه فى القانون عقد المدة أو العقد المستمر، وقد فصلنا القول عن عقد الإجارة فى كتابنا المال والالتزام ص ٣٤١.

(٤) عقد على عمل الصانع.

(٥) عقد على عمل الزارع فى زراعة الأرض وإعدادها.

وقت العقد، ومن هذا القبيل عقد السلم[١] فإن المبيع عند التعاقد يكون ديناً فى ذمة البائع.

والأحناف على أن هذه العقود جاءت استثناء من قاعدتهم الأصلية. وفيما نرى أنه كان الأفضل أن يقولوا إنما يشترط وجود المحل إذا اقتضى العقد بطبيعته وجوده كما فى عقود البيع، فإن ملكية المبيع تنقل فور تمام العقد إلى المشترى فلزم لذلك وجود المبيع فلا يصح بيع الزرع قبل ظهوره ولا بيع اللبن فى الضرع، ولا بيع الحمل قبل الولادة، لاحتمال عدم إنبات الأرض للنبات، وإفراز الضرع للبن وانفصال الحمل حياً. أما إذا كانت طبيعة العقد لا تقتضى وجود المحل وقت التعاقد دفعة واحدة كما فى عقد الإجارة والاستصناع والمزارعة وغيرها فإنها تنعقد مادام وجود المحل متوقعاً عادة.

وفرق مالك بين عقود التبرعات والمعاوضات فأجاز التبرع بما هو معدوم وقت العقد[٢] فيصح أن يهب ما فى بطن الدابة من حمل وما فى ضرعها من لبن وما فى جوف الأرض من نبات بعد وضع بذوره وما ينبته الشجر والنخل من ثمر وتمر. وفى عقود المعاوضات أجاز التعاقد على المنافع والثمر الذى لا يمكن وجوده دفعة واحدة مادام قد ظهر منه شىء كما فى الخضراوات والبطيخ والباذنجان وأمثالها مما تعارف الناس عليه.

أما ابن تيمية، وابن القيم من فقهاء المذهب الحنبلى فإنهما يجيزان التعاقد على المعدوم فى كل العقود مادام قد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر. وهما يريان أن ما ورد فى الشريعة من نهى إنما ينصب على النهى عن بيع الغرر[٣] . هما يريان ـ

---

(١) السلم بيع آجل وهو المبيع بعاجل وهو الثمن وله شروط راجعها فى كتابنا المال والالتزام ص ٣٣٣. مثل ما يحدث أمامنا من أن يبيع الزارع للتاجر قدراً من القمح أو القطن قبل نضجه وبمجرد ظهور الثمر.

(٢) البدائع جـ ٥ ص ١٣٩، مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٩٤، وراجع المغنى جـ ٤ من ص ٦٤ وراجع مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٢٤.

(٣) الغرر ما لا يقدر المتعاقد على تسليمه موجوداً كان اومعدوماً. راجع إعلام الموقعين لابن القيم جـ ١ ص ٣٥٨، مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٢١ وما بعدها،فله فى الموضوع بحث قيم وهو الفيلسوف الذى نقل عنه ابن تيمية.

وأرى معهما ـ أن العلة فى منع التعاقد على المعدوم هي منع الغرر، ومخافة التنازع. فإذا كانت هى هذا، والعلة موجودة فى محل العقد الذى يكون موجوداً وقت التعاقد وغير مقدور التسليم كالبعير الشارد. والفقهاء قد اشترطوا أن يكون محل العقد متعيناً بحيث ترتفع الجهالة ويزول الغرر، فلا يكون هناك محل لاشتراط وجود محل العقد.

بيع الثمر على الشجر والخضار فى الأرض للتجار: فرّع الفقهاء على ذلك، الكلام عن بيع الخضار والثمار على الوجه الآتى:

(أ) إذا كان قبل ظهور الزرع أو الثمر البتة فلا يجوز البيع لقوله عليه السلام: «أرأيت إذا منع الله الثمر بما يستحل أحدكم مال صاحبه؟» فلفظ «منع» يفيد أن ما وقع عليه البيع كان غير موجود البتة، وهذا باتفاق الفقهاء جميعاً خوفاً من تلف الثمر وعدم ظهور الزرع أو إصابة ذلك بعاهة تهلك المحصول، فيكون فيه غرر ومقامرة وهما يفضيان إلى التنازع.

(ب) إذا كان الزرع والثمر قد ظهرا وأصبح ينتفع بهما انتفاعاً كاملا فيصح التعاقد لأن محل العقد موجود ويجوز بقاء النبات على الشجروالزرع فى الأرض حتى يتم الحصاد عند غير أبى حنيفة وأبى يوسف.

(جـ) أما إذا كان قد ظهر الزرع فى الأرض والثمر فى الشجر ولكن بحالة لا يمكن بهاالانتفاع انتفاعاً كاملا، بأن كان العنب حصرما أو كان البلح بسراً. فقد أجاز ذلك محمد بن الحسن ومالك، ورواية عن الشافعى وأحمد، وخالف باقى الأحناف(١).

---

(١) المبسوط جـ ١٢ ص ١٩٥ ـ ١٩٦، البدائع جـ ٥ ص ١٣٩ ـ ١٧٣، الزيلعى جـ ٤ ص ١٢ ويقول ابن قدامة فى المغنى جـ ٤ ص ٨٠ «لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام: أن يشتريها بشرط بقائها فلا يصح البيع، وأن يبيعها بشرط القطع فى الحال فيصح بالإجماع لأن المنع فى الأولى كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها، الثالث أن يبيعها من غير اشتراط البقاء أو القطع فالبيع باطل وبه قال مالك والشافعى وأجازه أبو حنيفة لأن إطلاق العقد يقتضى القطع، وكذا بالنسبة لبيع الزرع الأخضر فى الأرض أماإذا بدا صلاح الثمرة والخضر جاز بيعها مع اشتراط إبقائها إلى الجزاز ويشترط قطعها وهو مذهب مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز مع اشتراط بقائها خلافا لمحمد بن الحسن، فهم=

(د) ولو كانت حديقة فيها شجر به ثمر بدا صلاحه ومعه فى نفس الشجر ثمر لم يبد صلاحه فهل يجوز بيعه مع اشتراط التبقية؟ يرى البعض جواز ذلك إذ العبرة بالغالب، ولأن اشتراط بدو صلاح الثمر جميعه فيه مشقة على الناس فى معاملاتهم، كما يؤدى إلى الاشتراك فى الشجرة الواحدة وتعدد الأيدى، وفى الشركة على هذا ضرر بهما.

وعلى كل فقد صار للناس فى عصرنا الحاضر خبرة فى التقدير ومعرفة لاتختل، فوق أن الناس قد تعارفوا على ذلك وارتفع الغرر مع الخبرة فانتفت العلة التى من أجلها شرع المنع عند من قال به.

تعيين المحل بما يرفع الجهالة المنفية للغرر:

اتفق الفقهاء جميعاً على اشتراط تعيين محل العقد بما ينفى الجهالة الفاحشة منعاً للغرر والتنزاع بين طرفى العقد، وجعل الأحناف العرف حكماً فى أن الجهالة فاحشة أو يسيرة، فلا يجوز التعاقد على بيع ساعة من غير بيان نوعها أو قطن من غير بيان صنفه أو شاة من قطيع غنم، فكل هذا يؤدى إلى التنازع لأن فيه جهالة فاحشة[1]. أما إذا كانت الجهالة يسيرة ولا تفضى إلا النزاع، والعرف جرى على التعاقد مع وجودها، كأن يبيعه مائة برتقالة من نوع معين أو مائة بيضة دجاجة مع تفاوتها فى الأحجام فيتم العقد معها[2].

= يرون أن هذا الشرط فيه انتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز، أما دليل الجواز فما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة» وهذا يدل على أنها إذا كانت بحالة لا تصاب بعدها بعاهة جاز إبقاؤها، وراجع مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٢١ وما بعدها.

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٩٥، الزيلعى جـ ٤ ص ٧. والجهالة الفاحشة قد تكون فى جنس محل العقد كأن يبيع تاجر لآخر كل ماله فى محل التجارة من غير أن يعرف المشترى ما فيه من الأصناف والأنواع. كما تكون فى قيمة محل العقد، كأن يبيع شخص لآخر شاة من غنمه ـ مع تفاوت قيمتها ـ من غير تحديد لهذه الشاة، او أن يبيع تاجر اصواف لآخر ثلاثة أمتار من الصوف من غير تعيين للصوف تعييناً تاماً فلا ينعقد معها العقد.

(٢) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٧٩.

ويتعين محل العقد وتنتفى عنه الجهالة إما برؤيته وقت العقد أو قبله بوقت لا يحتمل معه تغير المحل، أو برؤية شىء منه إن كانت رؤية البعض فيه تغنى عن رؤية الكل. كقطعة قماش من مقطع أو قدر من صفيحة مسلى أو زيت. أو من قطن أو من حب معبأ وهكذا، كما يتعين محل العقد بوصفه وصفاً دقيقاً يظهره للمشترى إن كان محل العقد ليس فى متناول يدهم فى مكان التعاقد، كأن يكون قطناً مثلا فيذكر البائع نوعه ودرجة نظافته. إلى غير ذلك مما يصير به العقد معلوماً متعيناً.

هذا بالنسبة لجميع عقود المعاوضات اتفاقاً لأنها مبادلات مالية يراعى فيها الموازنة بين الشىء وعوضه. أما عقود التبرعات فإن الأحناف وإن كانوا يشترطون فيها أيضاً تعين المحل إلا أنهم يغتفرون فيها من الجهالة ما لم يغتفروه مطلقاً فى عقود المعاوضات.

وبعد الأحناف نجد الشافعية والمالكية على طرفى نقيض فى هذا فبينما نجد الشافعية يشترطون ذلك في عقود التبرعات والمعاوضات إذ بنا نرى الفقه المالكى عكس ذلك فلم يشترط المالكية لتمام عقود التبرعات تعين محلها وأجازوا فيها المعلوم أو المجهول لأنها إحسان صرف[1]،وهى عقود لا تتم إلا بالقبض فالجهالة لا تفضى إلى منازعة. ولعل الأحناف كانوا أولى بهذا من المالكية خصوصاً لأن عقود التبرعات غير ملزمة للمتبرع عندهم ويصح أن يرجع فيها حتى بعد تمام القبض ما لم يحدث مانع يمنع الرد على تفصيل فى ذلك موضوعه فى الهبة والعارية[2].

قبول المحل حكم العقد الذى رتبه الشارع:

اتفق الفقهاء على أن يكون محل العقد غير منهى عنه من الشارع[3].

---

(١) الفروق للقرافى جـ ١ ١٩٤.

(٢) راجع كتابنا المال والالتزام من ص ٣٣٦ ـ ٣٥٦.

(٣) راجع فى هذا نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١٩، البدائع جـ ٤ ص ١٧٩ حيث يقول الكاسانى «أن يكون مالا فلا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال وكذا بيع أم ولد إلى آخر».

فإذا كان محل العقد لا يقبل الأثر المترتب على العقد فى شريعة أحد المتعاقدين، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، وكعدم قابلية المسجد للبيع، وكذلك إذا كان محل العقد منفعة مال أو منفعة ما ليس بمال، أو كان عملا فإنه يجب أن يكون كل ذلك مشروعاً لم يرد عليه نهى الشارع، وقد سبق بيانه. وللإمام أبى حنيفة قاعدة فى هذا وهى: أن كل شىء أفسده الحرام وغلب عليه الحلال فلا بأس ببيعه[١]؛ وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته».

---

(١) وحكم التعاقد على آلات الموسيقى على هذا صحيح عند أبى حنيفة لأنه يعتبرها أموالا إذ يمكن الانتفاع بها بينما هو مشروع كما فى الحروب فإن الموسيقى تبعث فى نفس الجند قوة وشجاعة وتشحذ هممهم وتقوى عزائمهم كما يفرق بها بين النكاح والسفاح، وخالف فى ذلك الصاحبان، ولم يجيزوا بيع شىء منها، ومثل ما قيل فى آلات الموسيقى قيل فى بيع النرد والشطرنج.يقول الكاسانى صاحب البدائع «والصحيح ما قاله الإمام أبو حنيفة».

راجع أيضاً المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ١٧٠ ـ ١٧٢ فقد عقد فصلا فى اللعب، وقال كل لعب فيه قمار فهو محرم وما خلا من القمار وهو الذى لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما فمنه ما هو محرم ومنه ما هو مباح، ومثل للمحرم بالنرد أما الشطرنج فهو محل اختلاف، وروى أن الشافعى وغيره من الفقهاء على أنه مباح لأن الأصل الإباحة ولم يرد نص التحريم، ومثل اللعب المشروع بألعاب الفروسية فقال «أما المسابقة بالخيل وغيرها أو على الأقدام فمباحة وما فى معنى ذلك مما يفيد للحروب» ثم قال: «وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلا عن فرض فالأصل الإباحة» ثم جاء فى ص ١٧٣ ـ ١٨٠ تقسيم للملاهى إلى ما هو حرام ومباح كما تكلم عن الغناء والحداء وقراءة القرآن بالألحان ما نخصه بعبارته فى الآتى: «إن الضرب بالدف مباح لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف» ولأن امرأة جاءت إلى الرسول عليه السلام وقالت: «إنى نذرت إن رجعت من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف، فقال لها عليه السلام. أوف بنذرك» ثم يقول: واختلف أصحابنا فى الغناء والنوح. فمنهم من أباحها ما لم يكن معها منكر، ونقلوا عن عمر بن الخطاب أنه قال: الغناء زاد الراكب، ومنهم من حرمه، أما الحداء وهو الإنشاد فمباح لا بأس به، إلى ن قال «وأما قراءة القرآن من غير تلحين فلا بأس به وإن حسن صوته فأفضل، وأما القراءة بالتلحين فإن لم يفرط فى التمطيط والمد فلا بأس به، فإن النبى عليه السلام قد قرأ ورجع ورفع صوته».

حكم التعاقد على لبن المرضع ونقل الدم:

ولبن المرضع منع بيعه أبو حنيفة ومالك وبعض الحنابلة لأنه مائع خارج من آدمية فأشبه العرق وأشبه أجزاءها، وأجازه بعض الحنابلة وهو مذهب الشافعى، لأنه ينتفع به ويفارق العرق لأنه لا نفع فيه، ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها، ولعل هذا الخلاف إنما يرجع إلى بيع لبن المرضع بعيداً عن الثدى، وإلا فقد أباح الفقهاء عقد إجارة الظئر «المرضع» لإرضاع الصغير.

ولعلنا نستطيع أن نرتب على ذلك بيع «الدم» إذ الحاجة قد تدعو إليه عند إنقاذ جريح قد استنفدت جراحه جزءاً كبيراً من دمائه وفى إباحته أكبر نفع وأعظم فائدة فمن أباح بيع لبن المرضع فقد أباحه لأنه ينتفع به فى إحياء الطفل، ونقل الدم قد يتوقف عليه حياة الجريح، وفى هذا ضرورة تدعو إلى إباحته مراعاة للمصلحة.

ويمكن أن يرتب على هذا أيضاً سلخ قطعة من جلد من جسم إنسان ليرقع بها جسم آخر شوهته الحوادث أو الأمراض[1] . وقد دارت فى أذهان بعض المختصين فكرة إنشاء بنك لحفظ جلد الموتى حديثاً من بنى الإنسان ليرقع به جسم المشوهين.

القدرة على تسليم محل العقد:

ولابد أن يكون المتعاقد قادراً على تسليم محل العقد للآخر عند التعاقد ولو حكما، كمن يبيع للغير بضاعة لم ترد بعد من الخارج، وجميع العقود فى ذلك سواء عند غير الإمام مالك الذى استثنى عقود التبرعات، ولم يشترط فيها القدرة

(١) يقول ابن قدامة: «وسائر أجزاء الآدمى يجوز بيعها، فإنه يجوز بيع العبد والأمة، وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه». فبيع ما فيه نفع جائز بطريق مفهوم المخالفة. راجع المغنى جـ ٤ ص ٢٦٠ وفى البدائع جـ ٥ ص ١٤٥ «لا ينعقد بيع لبن المرأة فى قدح عندنا لأنه ليس بمال ولا ينتفع به إلا للضرورة وهى تغذية الطفل من الثدى، ولأنه جزء من الآدمى وهو بجميع أجزائه محترم وليس من الكرامة ابتذاله بالبيع» وقال الشافعى يجوز لأنه مشروب طاهر وبذا نمهد الخلاف على بيعه منفصلا من الثدى وأن تعليل بيعه بالإرضاع لضرورة إحياء الطفل ومنه تأخذ جواز أخذ الدم من جسم الإنسان بواسطة الأنابيب وحقن الغير بها أو أخذ قطعة الجلد ليرقع بها جسم الآخر لضرورة الإحياء.

على التسليم، وأجاز التعاقد عليها من غير اشتراط وجودها وقت العقد كما سبق بيانه، ومن غير قدرته على تسليم المتبرع به مع وجوده أيضاً، ولذا انعقد عنده العقد وتم الالتزام، لو تبرع شخص ببعيره الشارد، وما ذلك عند مالك إلا لأن عقود التبرعات ليست فيها مبادلات مالية يترتب على عدم التسليم فيها نزاع بين المتعاقدين وغرر.

فلا يصح التعاقد على المباح قبل حيازته إذ هو غير مقدور على تسليمه وقت التعاقد، لأنه حين ذلك كان مباحاً ويستوى فيه حق المتعاقدين على السواء ما دام لم يدخل فى حيازة أحد، والتعاقد على الاستيلاء عليه فيه غرر وجهالة تفضى إلى المنازعة وفيها مقامرة يمنعها الشارع[(١)].

والقانون قد تناول هذا الموضوع فى المواد ١٣١ إلى ١٣٥، فاشترط أن يكون محل العقد موجوداً إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعاً[(٢)].

---

(١) فلا يجوز أن يبيع الصائد السمك فى الماء ولا الطير فى الهواء ولا الحيوان فى الصحراء، ولا يجوز أن يكون التعاقد على أن يطلق الصائد مقذوفاً من آلته فما أصابه المقذوف من طير فهو له، لأن فى هذا مقامرة وفيه جهالة تؤدى إلى التنازع كما لا ينعقد عقد تبرع بشىء من ذلك عند غير المالكية، وفى الهداية جـ ٣ ص ٣٥ «ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد ولا فى حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم، ولا بيع الطير فى الهواء، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم» ثم يقول بعد ذلك «وضربة القانص، وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً». وراجع فى ذلك الفتح والعناية جـ ٣ ص ١٩١ ـ ١٩٢ ثم ص ١٩٤ و ١٩٥ وفيها ما نقله صاحب الفتح وصاحب العناية: قال فى تهذيب الأزهرى نهى عن ضربه الغائص، وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه من اللآلئ فهو لك بكذا، فهو بيع باطل لعدم ملك البائع للبيع قبل العقد فكان غرراً لجهالة ما يخرج، وراجع فى هذا أيضاً البدائع جـ ٥ ص ١٤٧، راجع أيضاً بيع الغرر فى مقدمات ابن رشد جـ ٤ من ص ٢٢١.

(٢) وقد عرف الدكتور السنهورى، فى كتابه الوسيط من ٣٧٥ إلى ٤١٣ محل الالتزام بأنه الشىء الذى يلتزم المدين القيام به والمدين يلتزم إما بنقل حق عينى، أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل، وتكلم عن الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام والتى تؤخذ من نصوص القانون الجديدة فى المواد الجديدة فى المواد الخمسة المشار إليها فيشترط أن يكون: =

وأن يكون محل الالتزام معيناً بذاته، وإلا فبنوغـه ومقداره. وإلا كان العقد باطلا، إلى غير ذلك مما جاء فى المادتين ١٣٣ ، ١٣٤ فإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته يرجع إلـى العرف أو إلى أى طرف آخر يعين المحل فى درجته وإلا فيلتزم المدين بالمتوسط.

وأن يكون محل الالتزام قابلا للتعامل فـإذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا م ١٣٥ فـلا يصح أن يكون الشىء محلا للالتزام إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

ومن الواضح أن القانون لم يشترط فى المحل أن يكون مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد، لأنه أجاز التعاقد على محل غير موجود وقت العقد، وإنما يوجد فى المستقبل.

= ١ ـ المحل موجوداً إذا كـان محل الالتزام نقل حق عينى، أو يكون ممكناً وجوده فى المستقبل إن كان عملا أو امتناعاً عن عمل، ولعل القانون الجديد ١٩٤٨/١٣١ الذى نحن بصدده قد انحرف عن الرأى السائد المعـروف من قواعد الفقـه الإسلامى فنص صراحة فى الفـقرة الأولي من المادة ١٣١ «يجوز أن يكون مـحل الالتزام شيئـاً مستقـبلاً» بعد أن كان القـانون القديم خلواً من هذا النص، بل إن المادة (٣٣٠) من القانون المدنى المختلط القديم تنص على: «إن بيع أثمار الشجرة قبل انعقـادها، والزرع قبل نباته باطل» ومع هذا فالقـانون الجديد فيما اتجـه إليه يقرب مما ذهب إليه ابن القـيم وابن تيميـة، فى جوار التعـاقد على المعدوم وقت العـقد ما دام يتـعين بما يمنع الغرر، والقانون وإن أجار التعاقد على شىء مـعدوم وقت التعاقد إلا أنه نص على بطلان العقد إذا كان المحل مسـتحيلا (المادة ١٣٣) والتعـامل فى تركة المورث قبل وفاته ولو برضاه إلا فـيما نص عليه القانون ف ٢ م ١٣١.

ويقول الأستاذ الدكتور حشمت أبو ستـيت فى كتابه مصادر الالتزام «الشروط التى يجب توافرها فى محل الالتـزام ثلاثة: أن يكون ممكناً ومـعيناً أو قابـلا للتعيـين، وأن يكون مشـروعاً أى غـير مخالف للنظام العام والآداب» راجع الموضوع من ص ١٩١ إلى ٢١٠.

الفصل الرابع

أقسام العقد

ويتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث: الأول أقسام العقد من جهة السبب والأثر، الثانى أقسامه من ناحية وصفه، الثالث أقسامه من ناحية زمن اتصال الحكم بالعقد.

المبحث الأول

أقسام العقد من ناحية سبب العقد وأثره

غاية العاقد وقصده من العقد:

كل عقد له أثر رتبه عليه الشارع وجعل مباشرة العقد طريقاً وسبباً للوصول إليه. فعقد البيع مثلا رتب عليه الشرع نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشترى، ونقل ملكية الثمن من المشترى إلى البائع، وكل عاقد لابد له من غاية يقصدها من العقد ويريد أن يصل إليها عن طريق التعاقد، وما دام العاقد يقصد الوصول إلى حكم العقد نفسه الذى رتبه الشارع عليه وتتحقق عنده إرادة الأثر، فالعقد صحيح، كأن تكون غاية البائع والمشترى انتقال ملكية المبيع والثمن من كل إلى الآخر حقيقة، وغاية المستأجر تملك منفعة العين المؤجرة فى مدة العقد، وتمليك المؤجر الأجر، وغاية الزوجين من عقد الزواج دوام العشرة بينهما وتكوين أسرة لهما، وهكذا أن يقصد العاقد فى كل عقد غايته التى رتبها الشارع عليه.

وقد كان قصد العاقد وغرضه له أكبر الأثر فى نظر رجال الفقه الإسلامى فقد رتبوا على ذلك حل العقد وحرمته وكراهته، ورتبوا عليه أيضاً صحته وفساده[1]، وقد بينا كما قاله الفقهاء فى العقود التى يقصد العاقد فيها الوصول إلى شىء محظور عن طريق ما يعقدون عليه، ومثلنا لذلك ببيع العينة وزواج المحلل،

(١) راجع إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٩٦ «فالقصود فى العقد معتبرة وتؤثر فى صحة العقد وفساده وحله وحرمته».

ولذا يدخل الفقه الإسلامي مع الشخص في نواياه متلمساً إرادته الحقيقية، والقصد الفعلي من تصرفه وعقوده، والباعث الأساسي لما أقدم عليه، ثم يكون بعد ذلك وصف العقد من ناحية الحل والحرمة والكراهة، وقد لا يظهر هذا الحكم للناس إذا بنى على باعث خفي مستتر وراء غرض مشروع، وقد يظهر هذا الحكم للناس إذا ما ظهر الباعث الحقيقي ودلت عليه القرائن، ولا يعنينا في دراستنا هذه أكثر من أن سبب العقد[١] في الفقه الإسلامي هو غاية العاقد وقصده من العقد، «ولئن كان العقد هو السبب الفلسفي لهذه الآثار لأنه مصدرها فالآثار هي السبب النفسي لهذا العقد لأنها الغرض الذي تبغي الإرادة الوصول إليه»[٢].

ولعل رجال الفقه الإسلامي لم يخصصوا موضوعاً مستقلا لبحث نظرية السبب اكتفاء بما ذكروه من قيود وشروط في صحة العقد ومحله فإذا اختل شيء منها لما صح العقد، كما أن الفقهاء قديماً لم يعنوا بصفة عامة بالنظريات وإن عرفوا القواعد على ما بينا في موضعها.

ولما كانت بعض العقود تتحد مع بعضها في الغاية كانت الآثار التي تنبني عليها متحدة، وقد دفع هذا التشابه بين العقود فيما ينتج عنها من أحكام أن قسم الفقهاء العقود إلى مجموعات تحتوي كل مجموعة منها على ما يندرج تحتها من عقود تتفق في مقاصدها، والغاية المرجوة منها، وأطلقوا على كل مجموعة اسماً خاصاً بها يميزها عن غيرها، ومع هذا فهناك بعض العقود تتداخل في أكثر من مجموعة واحدة لأن لها أكثر من خاصة وسنذكر لك هذه المجموعات بكل إيجاز.

---

(١) سبب العقد في القانون هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه والفرق بينه وبين محل العقد أن المحل هو ما التزم به المدين (Quib-debtur) وأما السبب فهو لماذا التزم المدين (Our-debtur) وفي الحق أن السبب ليس هو نفس إرادة الملتزم ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة، وعلى كل فالإرادة لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب تبغي تحقيقه؛ لذلك كان السبب وإن تميز عن الإرادة إلا أنه يوجد حيث توجد. فهو ركن في العقد غير ركن الإرادة. راجع الوسيط من ص ٤١٣ إلى ٤٨٢ وقد تناول القانون نظرية السبب في المادتين (١٣٦ ، ١٣٧).

(٢) راجع التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد وحيد سوار ص ٤٩٢.

[أ] **عقود المعاوضات**[١] : وتسمى عقود المبادلات وهى ما حدثت فيها المعاوضة والمبادلة بين المتعاقدين على ملكية كل منهما ما للآخر فى حدود العقد على سبيل المبادلة، سواء أكانت مبادلة مال بمال، وهى تشمل البيع[٢] بجميع أنواعه بما فى ذلك السلم والصرف[٣] والقرض[٤]، والصلح عن إقرار، أم كانت المبادلة مبادلة مال بمنفعة مال، كالإجارة والاستصناع والزراعة والمساقاة والمضاربة[٥]، أم كان مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال كالزواج والخلع[٦]، أم كان مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع «المهايأة» فكل ما فيه معنى المعاوضة والمبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة.

---

(١) العوض فى اللغة: الخلف، يقال أعاضنى الله عنه عوضاً... راجع القاموس باب الضاد فصل العين.

(٢) البيع هو مبادلة المال بالمال على غير وجه التبرع، وهو يشمل بيع المساومة وهو أن تبيع المبيع بالثمن الذى تتفق عليه وترتضيه نتيجة مساومة الآخر. وهذا هو الأصل فى عقود البيع، وبيع الوضيعة هو بيع بمثل الثمن الذى قام عليك الشىء به مع نقصان جزء يرتضيه طرفا العقد. أى بيع بخسارة. وبيع المرابحة هو أن تبيعه بما قام عليك من ثمن ومؤنة مع زيادة قدر تتفق عليه مع المشتري كربح لك، واشترط الفقهاء شروطاً منعاً للربا سواء أكان العوض ثمناً ويسمى بيعاً أم كان التبادل بينهما على سلعتين ويسمى مقايضة - راجع كتابنا المال والالتزام فى الفقه الإسلامى ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٣) أما السلم فسبق بيانه، والصرف هو بيع جنس الأثمان بعضها ببعض ولابد فيه من قبض البدلين فى المجلس، وهو من العقود الربوية. راجعه فى كتابنا المال والالتزام ص ٣٣٢ وما بعدها.

(٤) القرض أن تعطى شيئاً مثلياً من مالك على أن يرد لك مثله فى الوقت المتفق عليه.

(٥) المضاربة: هى عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، وان يكون الربح بين المتعاقدين. راجع الهداية جـ ٣ ص ١٦٢.

(٦) الخلع: عقد بين الزوجين المال فيه من جانب المرأة تبذله ليخلعها الرجل أو يطلقها وحكمه من جهتها حكم المعاوضة عند الإمام حتى يجوز لها الرجوع عنه ويبطل بإعراضها، وحكمه بالنسبة للرجل يمين معلق فلا يملك الرجوع فيه ولا يبطل بإعراضها - راجع للمؤلف الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما مطبعة مصر بالخرطوم، والهداية جـ ٢ ص ١١. وللمرحوم الأستاذ الجليل الشيخ أحمد إبراهيم توجيه نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس، يقول فيه: جعل الفقهاء الزواج من عقود المعاوضات التى قوبل فيها المال بغير المال وبغير المنفعة، وأقول إن حقيقة الأمر فيه أنه عقد لازدواج وانضمام بين الرجال والنساء أذن به الشارع على وجه ما،=

[ب] عقود التبرعات: وهى العقود التى يكون التمليك فيها من غير مقابل إذ المتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرع به، وذلك كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة(١)، وإبراء المدين مما عليه حتى لا يبقى للدائن حق فى مطالبته له، والقرض أيضاً، لأن المقرض إنما هو متبرع فى تمكين المقترض من الانتفاع بالقرض، والمحاباة فى عقود المعاوضات، وكذلك الكفالة(٢) بأمر المكفول له، فإن الكفيل متبرع بضمان الدين، والحوالة(٣) إذا لم تكن بأمر المحيل، كأن يكون لشخص على آخر. مبلغاً من المال فيأتى ثالث ويطلب من الدائن أن يأخذ الدين منه هو فإنه يكون متبرعاً بما يدفع ولا يرجع على المدين به مادام ذلك لم يكن بأمره، ومن هذه العقود ما هو تبرع فى الابتداء معاوضة فى الانتهاء كالهبة بشرط العوض خلافاً لزفر والشافعى. وكالقرض والكفالة والحوالة بأمر المدين، ولذا فإنه يندرج تحت عقود التبرعات، العقود التى كان التبرع فيها مقصوداً ابتداء وانتهاء، أم كان التبرع ضمن عقد معاوضة، أم كان التبرع فى الابتداء، وقد ينتهى به الأمر إلى عقد معاوضة.

وعقود المعاوضات والتبرعات فى الواقع إنما تفيد شيئاً واحداً وهو التمليك فإن عقود المعاوضة تنتج تمليك البدل، وعقود التبرعات تنتج تمليك ما تم عليه التبرع، ولذا كان من الممكن جمع هاتين المجموعتين وإدماجهما فى مجموعة واحدة يطلق عليها الفقهاء عقود التمليك.

= ثم جعل من أحكامه المهر وأوجبه على الرجل كما أوجب عليه النفقه فهو ليس ركناً ولا شرطاً فى عقد الزواج ولكنه شيء وضعه الشارع على الرجل لفائدة المرأة. ومثل ذلك فى البلاد الغربية تعطى المرأة عندهم زوجها عطية لأجل الزواج «الدوطة» فليس المهر ثمناً للزوجة كما أن الدوطة ليست ثمناً للرجل، وأخذ على الفقهاء هذا ـ راجع ص ٦٧٨ ـ ٦٧٩.

(١) عرفنا من قبل الهبة والوصية والوقف. أما الإعارة فهى تمليك المنفعة بلا عوض، راجع كتابنا المال والالتزام ٣٤٩ وما بعدها.

(٢) الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة، وقيل فى الدين. وهى قسمان: كفالة بالنفس وكفالة بالمال، الهداية جـ ٢ ص ٧٠، الجوهرة جـ ١ ص ٣٨٣.

(٣) الحوالة: لغة النقل والتحويل، وشرعاً: هى نقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به، وهى جائزة بالديون لا بالأعيان، راجع الهداية جـ ٣ ص ٧٠، الجوهرة جـ ٢ ص ٣٧٩ وسيأتى تفصيل القول عنها.

[جـ] **عقود الإسقاطات**: وسميت بذلك لما فيها من إسقاط الشخص حقه أو شيئاً منه، وهذه قد تكون إسقاطات محضة: كالطلاق المجرد، وتسليم الشفعة، والعفو عن القصاص من غير عوض عن الجانى، وما شابه ذلك من إسقاط الحق بدون مقابل، وقد تكون الإسقاطات فيها معنى التبرع: كالإبراء من الدين والوقف.

[د] **عقود الإطلاقات**: وسميت بذلك لما فيها من إطلاق يد الشخص فى شىء كان ممنوعاً عن التصرف فيه، ومن هذا عقد الإيصاء والوكالة والإمارة والقضاء، ومن هذا الإذن للصبى المميز بالتجارة، وكذلك الطلاق والعتاق، لأن المطلقة والرقيق قد أطلقت يدهما وأصبح لكل منهما الحرية فيما كان مقيداً فيه، وإن كان فى نفس الوقت يمكن اعتبارهما من عقود الإسقاطات كما تقدم.

[هـ] **عقود التقييدات**: سميت بذلك لما فيها من تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كانت يده قد أطلقت فيه، وهذا كعزل الوكيل من الوكالة وعزل الوصى وناظر الوقف، ومن ذلك الحجر على الصبى المميز الذى كان قد أذن له بالتجارة، وكذلك الحجز على من أصابه عارض من عوارض الأهلية.

[و] **عقود الشركات**: وهى عبارة عن عقد بين المتشاركين فى الأصل والربح وهى على ضربين شركة أملاك وشركة عقود، وسميت بذلك لأن فيها الاشتراك فى نماء المال وأرباحه، وذلك كعقود المزارعة والمساقاة والمضاربة.

[ز] **عقود الضمانات**: وتسمى عقود التوثيقات، وهى عقود يطمئن بها الدائن على دينه، ويضمها إلى ذمة المدين لضمان استيفاء حقه منه وهى كالرهن(١) والكفالة والحوالة، فإن الدائن بهذا يؤكد حقه فى استرداد دينه، ويبعد عن احتمال خطر الضياع.

---

(١) الرهن لغة: الحبس. وشرعاً: جعل الشخص محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الراهن كالديون.

[ح] عقود الاستحفاظات: وهى العقود التى تحدث بين الشخص وغيره لمجرد إيداع شيء عنده بقصد حفظه له، أو التعاقد معه على السهر عليه وحراسته، وتشمل عقد الوديعة[1]، وعقد الحراسة.

العقود المسماة وغير المسماة:

وبمناسبة ما قدمناه لك من الكلام عن مختلف مجموعات العقود ينبغى أن نشير بكلمة عابرة عن هذين النوعين من العقود. فالعقود المسماة ما كان لها اسم خاص بها: كالبيع والرهن والإجارة والزواج والخلع والوصية ،والهبة إلى غير ذلك. وهذه قد تكفل التشريع ببيان كل ما يتعلق بها من حين استقرار العمل بها. أما العقود الأخرى غير المسماة، وهى العقود التى تجد وتنشأ تبعاً للحاجة ولم تكن موجودة مستقرة من قبل، وهذا النوع لا يمكن أن يقف عند حد ما دام الفلك يدور والحوادث تتجدد. غير أنه إذا استقر شيء منها وعرف باسم خاص أصبح من العقود المسماة وأخذ اسماً ثابتاً واستقل بأحكامه. فمثلا العقد على عمل الصانع فقد استمر فترة كبيرة متردداً عند الفقهاء بين عقد البيع حيث فيه بيع لأصل الشيء فيتناولون أحكام هذا الالتزام عند تناولهم أحكام البيع، وبيع عقد الإجارة حيث فيه إجارة على صنعه وإعداده، حتى استقل هذا النوع باسم خاص وهو «عقد الاستصناع» وبذا أصبح من العقود المسماة، ومثله أيضاً التحكير، وبيع الوفاء الذى هو فى الواقع نوع من الرهن وإن كان فى صورة بيع.

وهذا النوع من العقود يختلف الفقهاء فى اعتباره وعدم اعتباره تبعاً لاختلافهم فى مدى حرية العاقد فى إنشاء العقود والشروط، وهل الأصل فيها الحظر والمنع، ولا يباح منها إلا ما ورد نص بإباحته وكان عقداً مسمي معروفاً؟

---

(١) الوديعة هى ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف بقصد الحفظ مع بقائها على ملك صاحبها.

بهذا يقول الظاهرية، أم الأصل فيها الإباحة فلا يحظر منها إلا ما نهى عنه الشارع بنفسه، كما يرى بعض الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم؟. والواقع أن المذاهب الأخرى وإن كانت وسطاً بين الفريقين إلا أن الأحناف والشافعية أقرب إلى الظاهرية من الآخرين، ومع هذا فإن لهؤلاء الفقهاء جميعاً فى القياس والاستحسان والعرف والمصالح ما يجعل من حظرهم إباحة، ومن تضييقهم سعة، وسنتناول هذا بالتفصيل عند الكلام عن الشرط.

المبحث الثاني

أقسام العقد من ناحية وصفه

العقد[١] يوصف من جهة الاعتداد به وترتب الأثر عليه وعدمه بكونه صحيحاً وترتب أثره عليه أم غير صحيح ولا يترتب عليه أثره[٢]، ويسمى بالحكم الوضعى نسبة إلى وضع الشارع وجعله هذه الأشياء مفيدة آثارها التى اختصها بها.

أما الأثر نفسه الذى يظهره العقد ويترتب عليه فهو الذى ينبغى أن يراد بلفظ الحكم هنا. فيقال مثلا: حكم عقد الزواج الصحيح النافذ وجوب المهر به للزوجة، وحل ما كان محرماً عليهما من الاتصال الجنسى، وتثبت به حرمة المصاهرة والتوارث، وحكم عقد البيع انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشترى، وهكذا، وسنتناول هنا وصف العقد من ناحية صحته وبطلانه والحكم المترتب على ذلك.

وصف العقد بأنه صحيح وغير صحيح: العقد إذا توافرت فيه أركانه وشروطه، ولم يتصل به من الأوصاف ما يخرجه عن مشروعيته كان صحيحاً وإلا فإن كان أحد العاقدين غير أهل كالمجنون والصبى، أو محل العقد لا يقبل الأثر المترتب عليه كالميتة والخمر إذا باعها مسلم وكان الثمن نقداً[٣]، وكبيع أو هبة شىء من المنافع العامة كالمسجد والطريق، أو ليس لخلل فى أصله وإنما لوصف غير مشروع، كأن يوجد العقد على صفة غير مشروعة كتأقيت البيع بمدة

---

(١) كما يوصف بأنه فرض وواجب ومندوب ومكروه ومباح وحرام إلى غير ذلك مما يرجع إلى نية العاقد وقصده الحقيقى من التعاقد بما يتفق مع حكم الشارع أو يختلف، وهذا الوصف يطلق عليه الأصوليون الحكم التكليفى نسبة إلى التكليف من الشارع بالفعل أو الترك ولا دخل لنا فى دراستنا بهذا. راجع لنا فى ذلك مباحث الحكم عند الأصوليين.

(٢) راجع فى هذا الزيلعى جـ ٤ ص ٤٣ وما بعدها، الفتح جـ ٥ ص ١٨٤ وما بعدها.

(٣) البدائع جـ ٥ ص ٣٠٥ «إذا كان الخمر مبيعاً من المسلم كان العقد باطلا، إذا كان الثمن مما يثبت ديناً فى الذمة نقداً لتعيين المقصود بالتملك ولا يصح أن يكون محل العقد غير متقوم، أما إذا كان التبايع بسلعة فالعقد فاسد عند الأحناف لأن الثمن يمكن أن يقصد بالتمليك ويصير هو المقصود بالتملك. ولا مانع من اعتبار الخمر ثمناً لأن الأثمان يكفى فيها تحقيق المالية.

وكبيع المسلم سلعة ويتقاضى ثمنها خمراً[١]. وكبيع المجهول جهالة تفضى إلى المنازعة والغرر ـ فالعقد غير صحيح فى كل هذا.فلا خلاف بين الفقهاء فى أن العقد ينقسم إلى صحيح وغير صحيح.

فالصحيح ما صلح سبباً ليترتب عليه حكم الشارع الذى جعله له، أو كما يقول الأحناف... ما شرع بأصله ووصفه، اى كان اصله صحيحاً وأركانه مستوفاة ولم يكن منهياً عنه لذاته أو لما اتصف به، والعقود كلها فى ذلك سواء.

الصحيح النافذ: لا خلاف بين الفقهاء فى أن العقد إنما يكون نافذاً مترتباً عليه أثره إذا صدر ممن له ولاية إحداثه لأن الولاية شرط لنفاذ العقد كما قال الأحناف ومن معهم. ومتى كان العقد نافذاً لزم الوفاء به؛ ولأن العاقد ما أنشأ عقده إلا رغبة فى الالتزام بأثره المترتب عليه، غير أن العقود تختلف بطبيعتها فى ذلك فوق ما تقتضيه حاجة المتعاقدين ومصلحتهم فى بقاء العقد لازماً أو فى فسخه والخروج من الالتزام. فقسم الفقهاء العقد النافذ إلى لازم وغير لازم، ويسميه غير الأحناف بالجائز.

[أ] **والعقد اللازم:** إما أن يكون:

١ ـ لازماً لا يقبل الفسخ بطبيعته فلا يمكن لطرفى العقد أو أحدهما فسخه، كالخلع فإنه لا يمكن نقضه، ولا تحل الزوجة لزوجها بعده إلا بعقد جديد، ومن هذا القبيل تسليم الشفيع الشفعة بعد الإخبار الصحيح[٢].

---

(١) المرجع السابق، ٣٠٥.

(٢) هذا النوع لا يدخله الخيار لان طبيعة العقد لا تقبل الفسخ. قابل هذا بما جاء فى الأموال ونظرية العقد، وأحكام المعاملات، فقد جاء فيهما أن الزواج من القسم الذى يقبل الفسخ من جانب واحد لأن الفسخ مبنى على الرفع والانتهاء، ولكن قال صاحب البدائع «وعلى هذا فلا يثبت خيار الرؤية فى المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تحتمل الفسخ».

٢ ـ أو عقداً لازماً لا يقبل الفسخ إلا بتراضي طرفيه فيتوقف قبوله الفسخ على رضاء طرفي العقد كعقود البيع والإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة وغيرها، إلا إذا اشترط أحد المتعاقدين لنفسه خيار الشرط، فإنه يملك بالشرط فسخ العقد دون الآخر. ومما لا يفسخ إلا برضاء طرفي العقد، الصرف[١] مع ملاحظة ما قلناه من أن الشافعي والإمام أحمد يريان أن لكل واحد من المتعاقدين خيار المجلس في عقود المعاوضات المالية ونحوها، وأن الأحناف يرون خيار القبول دون خيار المجلس.

(ب) غير اللازم وهو ما كان العقد بطبيعته غير لازم للمتعاقدين، ولكل منهما أن يستبد بفسخه، منفرداً دون رأى الآخر أو موافقته. كعقد الوديعة والعارية والوكالة إلا إذا تعلق بها حق الغير. وسائر عقود شركات الأملاك فكل هذه العقود غير لازمة ولكل واحد من طرفي العقد حق الفسخ منفرداً، أو كان العقد لازماً لأحدهما دون الآخر فلا يملك الأول الانفراد بفسخه ويملك ذلك الثاني، كعقد الرهن والكفالة، فإن المرتهن والمكفول له كلاهما غير ملتزم، ومن حقه أن يفسخ العقد من غير توقف على رضاء الآخر، بينما يكون العقد لازماً بالنسبة للراهن والكفيل، ولعل[٢] من هذا القبيل الطلاق الرجعي بالنسبة للمطلق فإنه يملك إنهاء أثره بالرجعة بينما الزوجة المطلقة رجعياً يكون هذا الالتزام لازماً بالنسبة لها[٣].

العقد الصحيح الموقوف[٤]: للأحناف والمالكية نظرية أخرى في العقد الصحيح. ويقررون فيه قسما آخر لا يقرهم عليه الآخرون، وهو أن العقد إذا كان الذى يباشره رغم أهليته يفقد ولاية إصداره، كان صحيحاً موقوفا نفاذه على

---

(١) هذان العقدان لا يدخلهما خيار الشرط أيضاً لأنهما من العقود الربوية.

(٢) وقد يختلف لأن الطلاق إذا حدثت الرجعة بقى له أثر وهو أنه يحتسب من عدد الطلقات بينما الفسخ يجعل الشيء كأن لم يكن.

(٣) والرجعة هي ارتجاع المطلق مطلقته على حكم النكاح الأول فإن كان الزوج قد طلق زوجته طلقة واحدة أو طلقتين بصريح اللفظ طلاقاً مجرداً فله مراجعتها ما دامت في عدته من غير أمرها. الهداية جـ ٢ ص ٤.

(٤) راجع مجلة القانون والاقتصاد العدد ١ ، ٢ السنة الخامسة والعشرين.

الإجارة ممن له الولاية: كعقد الفضولى وبيع الصبى المميز والسفيه. وكالزواج دون شهادة الشهود وقت العقد، فإن مالكا يرى أن العقد الصحيح موقوف، فإذا تحققت الشهادة قبل الدخول مهما بعد الزمن انقلب صحيحاً نافذاً، وإلا فباطل[1]، وبذا يكون العقد الصحيح عند الأحناف والمالكية نافذاً إن صدر ممن يملك إصداره، وموقوفاً إن صدر ممن هو أهل لإصداره ولكن ليست له ولاية إنشائه، إذ الولاية عندهم شرط فى النفاذ لا في الانعقاد. لكن غيرهم من الفقهاء يرون أن هذا النوع من العقود باطل، إذ الولاية شرط فى الانعقاد عندهم كما قلنا قبل، ولا يرون العقد الصحيح إلا نافذاً.

العقد غير الصحيح:

ذهب جمهور الفقهاء من غير الأحناف إلى أن غير الصحيح قسم واحد لا ينعقد به عقد، ولا يترتب عليه أثره الشرعى لأى خلل فى صيغته أو ركنه أو محله أو فى العاقد أو فى أى وصف اتصل به يخرجه عن مشروعيته. أو بمعنى آخر سواء أكان الخلل فى أصله أو فى وصفه، فعقد المجنون والصبى غير المميز والفضولى والصبى المميز كلها سواء، والتعاقد على الميتة كالتعاقد على شاة بثمن مؤجل لوقت الميسرة، وجعل الخمر محلا للعقد كجعله ثمناً لسلعة بالنسبة للمسلم إلى غير ذلك من العقود التى اعترضها ما يخرجها عن مشروعيتها فكلها لا تنعقد عندهم، ولا فرق بين تسميتها فاسدة أو باطلة.

أما الأحناف: فيفرقون بين ما إذا كان عدم صحة العقد ناشئاً لسبب فى أصله ـ العاقد والمحل وكون الصيغة قطعية الدلالة ـ يخرجه عن مشروعيته كبيع المجنون والشىء المباح، وبين ما إذا كان أصل العقد صحيحاً لكن لحقه وصف ينهى عنه الشارع ويخرجه عن مشروعيته كالبيع بثمن مؤجل إلى وقت الميسرة، ويسمون الأول عقداً باطلا، والثانى عقداً فاسداً.

---

(١) لكن عند غير المالكية كان العقد غير صحيح ووجب التفريق بينهما. راجع للمؤلف، الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما، وراجع الأحوال الشخصية للأستاذ الدكتور الشيخ عبد الرحمن تاج ص ١٤.

العقد الباطل عند الأحناف وحكمه:

العقد الباطل ما لم يشرع بأصلــه ولا بوصفه اى يكون العقد ليس له وجود ولا انعقاد لأن العــاقد غير أهل للتعاقــد كالمجنون والصبى غير المميز أو لأن محل العقد لا يصح التعــاقد عليه ولا يقبل حكم العقد شرعاً كبيع الميتة، وزواج المحرم أو معتدة الغير[1] وكبيع المسلم خمراً أو خنزيراً، وكبيع المنافع العامة والمباحة إلى غير ذلك مما لا يعتبره الشارع موجوداً أصلا، ولا عبرة بوجود صورة العقد فى الخارج بين المتعاقدين إذ العبرة بالوجود المعتبر شرعاً الذى يترتب عليه الحكم[2].

العقد الفاسد:

أما إذا كان العقــد قد وجدت أركانه ومحله وتحقق معناه ووجــد القصد إليه لكن اتصل به وصف منهى عنه شرعاً ويخرج العقد عن مشروعيته كأن يصف البيع بالتأقيت، أو ان يكون الثمن مالا غيــر متقوم شــرعاً أو أن يكون الثمن مــجهولا **جهالة فاحشــة أو كان العقد الفاسد بأنه ما شرع بأصــله دون وصفه، أما أنه شرع بأصله فلأن شروط الانعقاد كلها صحيحة مستوفاة فهى مطابقة لما يتطلبه الشارع فى العقد، ولذا كان للعقد وجود معتبر شرعاً ما دام قد وجد بأصوله المشروعة**، ولكن لما اتصل به أمر أو وصف غير مشروع يجعل العقد منهياً عنه شرعاً، فهو فى الواقع يشبه العقد الصحيح من ناحية مشروعــية أصله وسلامته، ويشبه العقد الباطل من ناحيــة تعلق نهى الشــارع عنه لما اتصف به، ولهذين الشــبهــين كان بين الوصــفين وصف الصحة ووصف البطلان فوصفه الأحناف بالفساد.

---

(١) هى المطلقة من زوجها أو المتوفى عنها زوجهــا، ولم تخرج من عدته للتأكد من وجود حمل له فى الرحم.

(٢) وفى كــتاب البدائــع للكاسانى جـ ٥ ص ٣٠٥ «البــيع الباطل كل بيع فــاته شرط من شــرائط الانعقــاد. ولا حكم لهذا البيع أصلا لأن الحكم للمــوجود ولا وجود لهذا البــيع إلا من حيث الصورة». وفى الهداية أن المبيع بيعاً باطلا لو تم قبــضه، فهلك. قيل هو أمانة فلا يضمنه وقيل يضمن.

وهم وإن كانوا يرون العقد الفاسد منعقداً وله وجود إلا أن الشارع لا يقره ونهى عنه وألزم بفسخه إلا إذا حدث فى محل العقد ما يمتنع معه الفسخ[١] كأن يكون عقد بيع وتصرف المشترى فى المبيع بالبيع أو التغيير فيه بالزيادة أو النقصان، أو لفوات المحل كأن يكون المبيع داراً فهدمها أو شاة فذبحها أو دقيقاً فخبزه، أو غزلا فنسجه أو ورقا فطبع عليه، أو خشباً فصنعه إلى غير ذلك من الأمثلة[٢]. وفى إبقاء الشارع له عند استحالة الفسخ إقرار له، فهو إذاً موجود أصلا فى نظر الشارع لكنه لم يرتب عليه أحكاماً بل رتبها على تنفيذ العاقدين للعقد مخالفين أمر الشارع. فالعقد الفاسد لا يفيد الملك فى المعقود عليه إلا بقبضه برضاء صاحبه، والمبيع مضمون على القابض إذا هلك فى يده بمثله إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيمياً.

غير أن الأحناف وإن فرقوا بين الباطل والفاسد فى العقود ورتبوا لكل عقد حكمه، إلا أنهم فى عقد النكاح لا يفرقون بين فاسد النكاح وباطله فى الحكم لتحقق نهى الشارع عن الباطل والفاسد، إذ الزواج فيه ناحية تعبدية. والعبادات ليس فيها حكم للفاسد وحكم للباطل بل فيها يرتفع الفساد إلى درجة البطلان، وعلى هذا ففاسد النكاح كباطله سواء، وفى الواقع نجد كتب الفقه الحنفى لا تفرق بين معنى فاسد وباطل فى عقود النكاح[٣].

منشأ الخلاف بين الأحناف وغيرهم:

ومنشأ الخلاف بين الفقهاء أن الفساد والبطلان إنما يكون ناشئاً من نهى الشارع عن العقد لخروج العقد عن مشروعيته، فغير الأحناف يرون أن هذا النهى يقتضى عدم وجود العقد شرعا. وهم لا ينظرون إلى سبب النهى هل هو لخلل فى

(١) البدائع جـ ٥ ص ٣٠٣.

(٢) وهنا إذا امتنع الفسخ واستحال الرد لزم المشترى مثله أو قيمته لا الثمن.

(٣) ففى البدائع جـ ٥ ص ٢٣٥: «النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، وهو لايفيد الحل» وفى الفتح جـ ٢ ص ٣٨٢ «فاسد النكاح وباطله سواء بخلاف البيع» والزيلعى جـ ٢ ص ٨١٣ يعبر عن النكاح غير الصحيح تارة بالبطلان من غير تغير فى الحكم.

أصل العقد أو لوصف ملازم له أو طارئ عليه لا فرق عندهم بين شيء من ذلك، إذ نهى الشارع عنه قد تحقق والنهى فى الجميع ينتج عدم ترتب الأثر عليه، فإذا خالف شخص أمر الشارع وأقدم على عقد نهى عنه فلا أثر لفعله ولا وجود للعقد فى نظر الشارع فوق استحقاق الشخص للعقاب ويقولون إن الأحناف أنفسهم لا يرتبون أثراً على ما سموه فاسداً، وإنما يرتبون الحكم على تنفيذ العاقد آثماً للعقد لاستحالة فسخه، ويستدلون بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ومن أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد».

أما الفقهاء الأحناف: فإنهم ينظرون إلى السبب الذى من أجله كان النهى، فإن كان السبب يرجع إلى أصل العقد فينعدم وجوده فى نظر الشارع لانعدام جزء مما يتكون منه العقد، وما دام العقد لم ينعقد فهو لم يوجد، وإذا وجد فى الصورة يكون وجوداً باطلا فى نظر الشارع، وأما إذا كان النهى بسبب وصف لحق بالعقد ولازمه فإنه سيكون منعقداً لسلامة ما يتم الانعقاد به ويقع عليه من تحريم الشارع إلا أنه يفسد فلا يترتب عليه أثره الشرعى رغم وجوده لنهى الشارع عن الوصف الذى لازمه. ويستدلون على وجوده بأنه إذا رفع الوصف الذى اقتضى النهى والفساد صح العقد وترتب عليه أثره، فإذا تعين موعد دفع الثمن مثلا أو ارتفع الشرط ـ كمن باع بشرط أن يسترد المبيع بعد سنة عند إعادة الثمن مع انتفاع المشترى بالمبيع[1] ـ أصبح صحيحاً لازماً، وفى هذا دليل وجوده منعقداً.

ومن ناحية أخرى فإنهم يرون أن النهى عن العقود لا يستلزم دائماً البطلان، وكثيراً ما يرد النهى دون ارتفاع العقد وبطلانه ويكون المقصود بالنهى كراهة الفعل وإثم العاقد فقط، كالبيع وقت صلاة الجمعة فقد نهى عنه الشارع: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾[2]، وفى هذا أمر من الشارع بترك البيع وقت النداء لصلاة الجمعة وليس فى المخالفة بطلان

---

(١) وهو ما يسمى فى القانون بالبيع الوفائى.

(٢) سورة الجمعة جـ ٢٨/٩.

للعقد وإنما هى الكراهة[١] فقط، لأن النهى ليس شىء فى نفس العقد ولا لوصف فيه ملازم له، ولكنه فى شىء آخر وهو الوقت، ومنها النهى عن الصلاة فى الأرض المغصوبة ومنها نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه أو يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له[٢]، وقد ساق صاحب الهداية على ذلك الكثير من الأمثلة، ثم يقول: وكل ذلك يكره كما ذكرنا، ولا يفسد به البيع لأن الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة، ومنها كما يقول صاحب البدائع الاحتكار والغش، وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريها بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيده فى ثمنها، وأنه مكروه لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم، ولأنه احتيال للإضرار. والمثل كثيرة فى كتب الفقه فارجع إليها[٣].

---

(١) وفى شرح النيل جـ ١ ص ٥٠٦ «ولا ينعقد بيع بعد الأذان، وقيل ينعقد وعصى المتبايعان عصياناً، وكذا النكاح وكل عقد كعقد الأجرة وكعقد القرض والكراء والرهن وأخذ الشفعة، وفى الانعقاد قولان وحرم جميع ما يشغل عن إجابة النداء» ثم يقول فى ٥٠٧ «ولو عقد بيعاً أو غيره فى طريقه ولو ماشياً أو مع من لا تلزمه الجمعة فلا يجوز ذلك لأنه شغل قلب ولسان عن الذكر والفكر، وجار عقد البيع والنكاح وغيرهما لمن لا تلزمه الجمعة ولو بعد أذان وخطبة» ويرى المالكية أنه إذا وقع البيع المذكور كان فاسداً ويفسخ إلا إذا تعذر فإن البيع يمضى وتجب القيمة يوم القبض لا الثمن الذى تم عليه التعاقد. ويرى الحنابلة أن هذا العقد لا ينعقد» راجع فى هذا أيضاً المغنى ج ٢ ص ٢٩٨. وجاء فى رسالة رفع الإغلاق عن مشروع الزواج والطلاق للمرحوم الاستاذ الشيخ محمد بخيت مفتى مصر سابقاً طبع المطبعة السلفية سنة ١٣٤٦/ هـ ص ١٤، ١٥ «هل النهى يقتضى بطلان المنهى عنه فلا يترتب عليه إذا وقع أى أثر شرعى أو يقتضى صحته وترتب آثاره الشرعية عليه مع تأثيم المخالف؟ اتفق الحنفية والشافعية على أن النهى إذا كان لذات الفعل أو لصفة لازمة لذات الفعل بحيث لا ينفك عنه أصلا اقتضى البطلان وعدم ترتب أى أثر عليه كبيع الخمر والميتة حتف أنفها، وإذا كان النهى لصفة يكون بينها وبين الفعل عموم وخصوص مطلق بأن ينفرد أحدهما دون الآخر فهو الذى فيه الخلاف كمن نذر صوم النحر وصامه فعند الاحناف يصح الصوم ويأثم وعند الشافعية لا يصح الصوم أصلا. أما إذا كان النهي لصفة بينها وبين الفعل عموم وخصوص وجهي بأن كان ينفرد كل منهما عن الآخر كالبيع وقت أذان الجمعة فهذا صحيح باتفاق علماء أهل السنة فيصح عقده ويأثم لمخالفة النهى. فلذلك فرق الحنفية بين الفاسد والباطل فى البيع» وراجع فى هذا باب صلاة الجمعة من كتب الفقه.

(٢) وفى رواية حتى يبتاع أو يذر. الزيلعى جـ ٤ ص ٦٧، المبسوط للسرخسى جـ ١٥ ص ٧٥، ٧٦.

(٣) الهداية جـ ٣ ص ٤٣ ـ ٤٤؛ الفتح جـ ٥ ص ٢٢٩ ـ ٢٤٥، البدائع جـ ٦ ص ٢٢٣، الزيلعى، جـ ٤ من ٦٧ إلى ص ٩، مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٠٣ وما بعدها، ص ٢١٩، وما بعدها.

المبحث الثالث

أقسام العقد من ناحية اتصاله بالزمن

أولا: أقسامه باعتبار أن الزمن جزء منه:

العقود بطبيعتها تختلف من ناحية وجود أثر الحكم دفعة واحدة أو دفعات متتالية مستمرة. فمثلا فى عقود تمليك الأعيان تنتقل ملكية البائع والمتبرع فى محل العقد إلى المشترى أو الموهوب له بمجرد إتمام العقد أو عند التسليم دفعة واحدة. فبعد أن كانت العين مملوكة للبائع أو الواهب انتقلت ملكيتها دفعة واحدة للمشترى والموهوب له.

وفى مقابل هذا نجد عقود المنافع، كالاستصناع والمزارعة والمضاربة والإجارة والعارية وأمثالها، فإن أثر العقد لا يظهر فيها دفعة واحدة، وإنما يتجدد ساعة فساعة، ولابد لظهوره من وجود العنصر الزمنى عضواً أساسياً فى العقد. فمنفعة المستأجر بسكنى الدار لمدة سنة، لا يمكن أن يتملكها ويتحقق قصده من عقد الإجارة دفعة واحدة، وإنما يتحقق هذا على التالى مع مضى الزمن المذكور فى العقد.

ولقد تكلم الفقهاء فى هذا كثيراً وتناولوا الموضوع من جهة أنه: هل يوجد الحكم المستمر نتيجة عقد واحد أو أن العقد يتجدد من تلقاء نفسه ساعة فساعة، أو أن يستمر ويرد عليه هذا الأثر المتجدد من تلقاء نفسه حتى تنتهى مدة العقد. ثم تكلموا عن المدة، وهل لابد من تحديدها فى العقد، إلى غير ذلك مما لا تتسع له دراستنا ولا وقتنا(١).

---

(١) راجع المبسوط جـ ١٥ ص ٧٤ كتاب الإجارة، ص ١٠٩، وابن عابدين جـ ٥ ص ٣ وما بعدها وتكملة الفتح جـ ٨ ص ١٠٧ وما بعدها وص ٢٧٦، جـ ٨ ص ٨، والمغنى جـ ٥ ص ٣٩٨ وما بعدها، والبدائع جـ ٤ ص ١٧٣. ثم راجع مع هذا رسالة الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى، «عقد المدة».

ثانيا: من ناحية زمن اتصال الحكم بالصيغة:

صيغة العقد هى الكاشفة عن رغبة المتعاقد فى الوصول إلى الأثر الذى رتبه الشارع، كما أنها تدل على الزمن الذى يرغب ظهور الحكم فيه، هل يكون متصلا بزمن الصيغة، أم يجوز أن يكون فى وقت آخر يحدده فى صيغته ويضيف طلبه للحكم إليه، وقد تدل هذه الصيغة على إرادة الحكم فى الزمن الذى يوجد فيه شىء آخر يعلق على وجوده العقد وحكمه.

وصيغة العقد وإن كانت تحدد زمن ظهور الحكم فإن العقود مع هذا لها دخل فى ذلك، إذ هى بحسب طبيعتها تختلف. فمنها ما لا يخضع لإرادة المتعاقد لأنها يظهر فيها أثرها ويترتب عليها الحكم الذى جعلها الشارع سبباً فيه بمجرد تمام الصيغة مع تمام التقابض أو من غير حاجة إلى ذلك، فلا تقبل التعليق على اشتراط حدوث شىء غير موجود وقت التعاقد، ولا تقبل إرجاء حكمها إلى زمن آخر بعد أم قرب، كالزواج والبيع والهبة والقرض والرهن، ومن العقود ما طبيعتها تمنع ظهور أثرها إلا فى زمن مستقبل كالوصية؛ فإن عقد الوصية لا يمكن أن يظهر أثره فى الحال، ولابد لظهور حكمه من أن يكون فى زمن عقب وفاة الموصى، وسيان فى ذلك أن تكون الصيغة قد نص فيها على ذلك أم لم ينص، إذ العقد بطبيعته لا يكون إلا مضافاً إلى ما بعد الموت، ومن العقود ما هو مرن بطبيعته يقبل تكييف العاقد له، ويتأثر بما يضيفه العاقد فى صيغته، فقد يتصل الحكم بمجرد تمام الصيغة، وقد ينفصل الحكم عن الصيغة بمجرد الفاصل الزمنى، أو يكون معلقاً على تحقيق شىء آخر غير موجود وقت التعاقد، وذلك كعقد الإجارة فإنه يصح أن يبدأ من وقت التعاقد، كما يصح أن يبدأ من وقت معين بعد ذلك، وكعقد الطلاق فإنه يصح أن تنتهى الزوجية فى الحال وأن يكون ذلك فى وقت معين فى المستقبل أو معلقا حدوثه على شىء آخر يرتبط وجوده بوجوده. وكعقد الوكالة وغيرها من العقود التى تتكيف حسب رغبة العاقد.

وبناء على ما تقدم، تسم الفقهاء العقد إلى منجز إن ترتب عليه أثره فى الحال، وغير منجز إن لم يترتب عليه أثره فى الحال؛ لأن الحكم قد أضيف إلى زمن مستقبل، أو لأن العقد علق على وجوده على وجود شىء آخر وبهذا يكون العقد إما منجزاً أو مضافاً أو معلقاً.

العقد المنجز: ما ينعقد بصيغة تفيد وجود العقد ووجود حكمه فى الحال، سواء أكانت الصيغة وحدها تكفى لانعقاده ووجود حكمه كالبيع والإجارة، أم كان لابد مع الصيغة من القبض كما فى عقد الصرف والسلم، وكما فى عقود التبرعات كالهبة والصدقة والقرض والرهن(١)، فما دام العقد تترتب آثاره عليه فى الحال إذا لم يدخله خيار شرط فإنه يكون منجزاً.

والأصل فى العقود أن يكون حكمها منجزاً لأن العاقد لا يقصد العقد إلا رغبة فى أثره، إلا عقد الوصية فإنه بطبيعته لا يكون الحكم فيه إلا مضافاً إلى ما بعد وفاة الموصى، لاحظ الموصى ذلك فى وصيته، أو أغفله، فإن حكمها لا يظهر ولا يتصل بالصيغة إلا بعد موت الموصى مصراً على وصيته، ومع هذا فصيغة الوصية تصح أن تكون منجزة ومضافة ومعلقة(٢).

(١) أما الصرف والسلم فلأنها من العقود الربوية. اشترطوا فى الصرف قبض العوضين وفى السلم قبض العاجل فى المجلس، وأما الهبة والصدقة والعارية وما فى حكم ذلك فإنها عقود غير لازمة على الوجه السابق بيانه، وهى وإن كانت صحيحة إلا أن نفاذها والإلزام بها لا يتم إلا بالقبض، وإلا لو تمت من غير قبض لكان لزوما لما لا يلزم، ولذا كان القبض فيها يعتبر قبولا ويغنى عنه. أما الرهن وإن كان لازما بالنسبة للراهن إلا أن الفقهاء اشترطوا لتمامه تمام القبض لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ لكن المالكية يرون هذه العقود لازمة بمجرد تمام الصيغة ويصح المطالبة بها جميعاً. لكن الرهن وإن كان لازما فى نظرهم وله حق المطالبة به إلا أنهم يرون أن المرتهن ليس له امتياز على العين المرهونة. وقد تكلم الفقهاء كثيراً فى هذا وفيما يتم به القبض فارجع إلى كتبهم، فى باب الهبة والرجوع فيها، والعارية والوديعة، والرهن والسلم، والصرف فإن فيها التفصيل الوافى.

(٢) راجع لنا فى ذلك كتابنا الوصايا فى الفقه الإسلامى ص ٣٠٨ - ٣٠٩ وفيه ما لحظناه على ما جاء بكتاب شرح قانون الوصية لفضيلة الأستاذ الشيخ أبى زهرة - الطبعة الثانية ص ٣٧ من أن صيغة الوصية لا تكون منجزة.

العقد المضاف: ما أفادت صيغته وجود العقد فى الحال مع إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل، ولم يقصد بالعقد الوصول إلى حكمه إلا فى الزمن الذى أضيف إليه مستقبلا، فلا يكون العقد رغم وجوده مفضيا إلى حكمه إلا وقت حلول الزمن المضاف إليه كأن تستأجر مسكناً أو متجراً أو خادماً وتضيف العقد إلى أول الشهر القادم. فإنه برغم وجود العقد وانعقاده باعتباره سبباً لترتيب الحكم الشرعى إلا أن الصيغة نفسها دلت على تأخر هذا الحكم إلى زمن تحدد فى الصيغة، فلا يملك المستأجر بناء على هذا أن ينتفع بمحل العقد قبل الزمن الذى أضيف إليه الانتفاع، ولا المؤجر أن ينتفع بالأجر قبل ظهور الحكم، وإذا انتفع فلا يكون ذلك بمقتضى العقد، وإنما يكون الآخر متبرعاً بالتعجيل[1].

والعقد المضاف وإن كان عند الأحناف يشبه العقد الموقوف على الإجارة من ناحية انعقاد العقد ووجوده مع تخلف ظهور الحكم فيه إلى زمن آخر وانفصال الحكم عن الصيغة إلا أنه يختلف عنه من جملة نواحى، فعدم اتصال الحكم بالصيغة فى العقد المضاف إنما نشأ من الصيغة نفسها لكنه فى الموقوف تخلف الحكم لأمر خارج عن الصيغة وهو إجارة من له الولاية؛ ولأن العقد المضاف لا يمكن أن يتحقق الحكم فيه قبل الزمن الذى أضيف إليه، بينما فى الموقوف تكون الإجارة اللاحقة كالإذن السابق ويكون للحكم بها أثر رجعى من وقت انعقاد العقد إلا فى العقود والتصرفات التى تقبل التعليق. كالطلاق والعتاق وقد سبق بيانه. وأيضاً فإن العقد الموقوف قد ينقلب باطلا ولا يتصل به حكم، بينما المضاف يتصل به الحكم فى الزمن الذى أضيف إليه الإيجاب ما دام صحيحاً نافذاً، ومع هذا فيكون المضاف موقوفاً ونافذاً ويكون الموقوف مضافاً وغير مضاف.

---

(١) فاشتراط المؤجر أو الصانع تعجيل الأجر قبل الزمن الذى أضيف إليه العقد يناقض العقد نفسه إذ الإضافة تقتضي ظهور الحكم، وتملك الاجر او المنفعة مترتب على ظهور الحكم ولكن الناس تعارفوا عليه ولذا فهو شرط صحيح.

العقود والإضافة:

(أ) من العقـود ما لا يكون إلا مضـافاً إذ طبـيعتـه تقتضى ذلك وهو عـقد الوصية، فـإنه لا يظهر حكمه إلا بعد وفاة الموصى، سواء ظهـرت الإضافة أم لا. ومع هذا فإنه يصح فيها التعليق وعدمه.

(ب) ومنها مـا لا تقبل الإضافـة وهى العقود الـتى تفيد تمليك الأعـيان فى الحال كالبيع والهبة والإبراء من الدين والشركة والزواج والرجعة. لأن الأصل فى العقود أن يتصل الحكم بالصيغـة، وهذه عقود يمكن نفاذها فى الحال. وقد وضع المتأخرون من الفقهاء قاعـدة: «كل ما أمكن تمليكه فى الحال لا يصلح تعليقه على شرط ولا إضـافة إلى زمن إلا عقـدى الوصيـة والإيصاء». فمـا يمكن تمليكه فى الحال وأضيف إلى زمن مـستقبل يتنافى مع ما جـعله الشارع له من إفادته الأثر فى الحال.

(جـ) ومنها عـقود مرنة تصح أن تكون منجـزة كما تصح مع الإضـافة إلى المستقبل حسب صيغة المتعاقد ورغبته كالإجارة ونحوها من عقود تمليك المنافع المالية لأن التمليك فـيها لا يكون دفـعة واحدة وإنما الزمن عنصـر أساسى فيهـا فناسبت طبيعتها أن تقبل الإضافة لأن التمليك فيها يستحيل أن يكون جميعه فى الحال[1].

ومما يقبل الإضافة والتنجـيز الكفالة والحوالة من عقود الالتزام لأن طبـيعتها أنها لا تفـيد أثرها فى الحـال فقد لا يدفع الكفـيل لوفاء الدين وقـيام المدين بما هو ملتزم به. وقـد يدفع الوكيل بعد مـدة، فيصح أن تقول إذا لم يدفع لك فـلان ما عليه إلى أول الشهر فأنا به كفيل.

---

(١) راجع فى هذا كـتاب ابن عابدين جـ ٥ الإجـارة ص ١٤٣؛ تكملة فتح الـقدير جـ ٢ ص ١٤٧، ١٤٨، ١٨٦؛ المبسـوط جـ ٥ كتاب الإجـارة ص ٧٤ وما بعـدها، ص ١٠٤، ١٢٩ إجارة الدور والبيوت.

من هذا القسم عقود الإطلاقات أيضاً ـ عدا الإيصاء ـ كالوكالة والقضاء، وكذا عقود الإسقاطات كالطلاق والوقف والخلع من الزوج نفسه. هذه هي نظرة الفقهاء للعقد المضاف، وقد تناول القانون هذا بعنوان الأجل في المواد من ٢٧١ ـ ٢٤٧[(١)].

العقد المعلق: ما رتب وجوده على وجود أمر آخر في المستقبل[(٢)]، كأن يقول شخص إذا نجحت في امتحان هذا العام تصدقت بمبلغ كذا على الفقراء، فإنه علق حصول التصدق علي حصول النجاح فلا يكون ملتزماً ديانة إلا إذا نجح، أو إن أقرضت فلاناً كذا فأنا كفيل، فإنك قد علقت كفالتك على وجود شيء آخر،

(١) وهي تبحث في قيام الأجل وما يترتب عليه بعد قيامه من الآثار، ويستخلص من هذه المواد أن الأجل الذى يقترن به الالتزام هو أنه مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام وانقضاؤه، وقد ينشأ الالتزام منجزاً ثم يضاف إليه بعد ذلك فينقلب موصوفاً ولا يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعاقد أن الأجل الذى يضربانه قد حل، كأن يضرب شخص اجلا لنفاذ التزامه قدوم أول قافلة من الحجيج، وكانا يجهلان قدومها فعلا فإن التزامه منجزاً حال الأداء، ويجب أن يكون محقق الوقوع ويعتبر كذلك متى كان وقوعه ممكناً ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه، فالموت مثلا أمر محقق الوقوع لكن لا يدرى وقته، ومن ثم فالتزام شركات التامين على الحياة من قبيل الأجل لا الشرط، ورجوع قوافل الحجاج أمر محقق الوقوع مستقبلا لكن لا يعلم موعد رجوعها قافلة بعد أخرى فإن ذلك لا يعلم بالضبط. أما التزام المدين بسداد الدين عند عودة الدائن من الحج فهو شرط لأن رجوعه محتمل إذ قد يموت، والتزام المدين بالوفاء عند الميسرة (م ٢٧٢) ينطوى على أجل غير معين أيضاً.

الأجل عنصر عارض في الالتزام كالشرط فهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد استيفاء الالتزام جميع عناصره الجوهرية. والأجل يكون واقفاً فاسخاً أيضاً، وقد تناولت المادة (٢٧٤) الكلام عن الآثار المترتبة في الأجل من أن الالتزام لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذى ينقضى فيه الأجل، وفي الأجل الفاسخ يترتب زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي. راجع للدكتور السنهورى الوسيط جـ ٣ من ٧٤ ـ ١٢٢.

(٢) أو هوما افادت صيغته الالتزام ووجوده على وجود شيء آخر بأداة من أدوات الشرط «إن وإذا وإذا ما، ومتى، ومثلما، وكل وكلما، ولو، ونحو ذلك» فالتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات الشرط، ففي الحقيقة أن الالتزام يشتمل على جملتين فعل الشرط «المعلق عليه» وجواب الشرط «المعلق».

ولا وجود للمعلق إلا بوجود المعلق عليه فعلا[(١)]، ولابد لتحقق التعليق من أن يكون المعلق عليه أمراً ممكناً مشروعا، وأن يكون مستقبلا غير محقق الوقوع.

فإذا كان المعلق عليه مستحيل الوقوع عقلا أو عادة كان العقد باطلا، ويكون قصد المتكلم إيذان المخاطب تأكيد استحالة وقوع هذا الالتزام، كأن تقول لشخص إن شربت ماء النيل كله فأنا كفيل عنك فى دينك، أو إن تكلم الجمل أضمن لك الدين الذى على فلان أو إن دخل الجمل فى سم الخياط وكلتك عنى فى إدارة أعمالى، فإنه لا ينعقد ولا يفسخ بذلك عقد ولا يسقط حق.

أما إذا كان المعلق عليه قد حدث فعلا عند التعليق أو قبله، كان العقد منجزاً والتعليق صورياً كأن تقول لآخر إن نجحت فى الامتحان فأنت وكيل عنى فى كذا وتكون النتيجة ظهرت فعلا ونجحت، أو تقول إن كان أخى مديناً لك بكذا فأنا كفيل، ثم يظهر أنه مدين فعلا من قبل، أو أن يقول رجل لامرأته إن كانت قد ذهبت اليوم إلى جهة كذا فأنت طالق، أو أن يقول شخص لآخر بعتك هذه الدار بألف جنيه إن شئت لأن العقد فى الأمثلة الأولى التعليق فيه صورى، وفى المثال الأخير العقد نفسه لا يتم إلا بالقبول، وهو نفسه إظهار لمشيئته(٢).

---

(١) وبذا نجد ان الأحكام بالنسبة لاتصالها بالعقود أربعة أقسام: ١ - الاقتصار وهو ثبوت الحكم وقت وجود السبب فى الحال فالحكم يبتدى من وقت وجود السبب مقتصراً عليه فلا يتقدمه ولا يتأخر عنه إلا إذا كان يقبل خيار الشرط ووجد فعلا. ٢ - الانقلاب: وهو صيرورة ما ليس بعلة علة كالتعليق، فمثلا قول الرجل لامرأته انت طالق علة لثبوت حكم الطلاق ولكن إذا علقه على خروجها إلى جهة معينة لا يعتبر قوله انت طالق علة لظهور الحكم إلا عند وجود الشرط المعلق عليه وهو خروجها إلى هذه الجهة فينقلب ما ليس بعلة علة ويظهر حكم الطلاق عند تحقق الخروج. ٣ - التبيين: وهو أن يظهر فى الحال تقدم الحكم، وهذا كالتعليق على شىء ظهر انه حدث من قبل، مثل إن كان أخى مديناً لك فعلا فأنا كفيل. ٤ - الاستناد وهو أن يكون للحكم أثر رجعي رغم ثبوته في الحال مثل حكم عقد الفضولي وعقد الصبي المميز بعد إجازتهما ممن يملك الإجازة ومثل حكم العقد الذى اتصل به خيار الشرط بعد البت فى الخيار.

(٢) وقد ألحق الفقهاء بهذا ما لو قال له أقرضتك مائة جنيه إن أعطانى محمد ما عليه من دين فقال قبلت فأعطاه محمد - وكان بالمجلس - ما عليه. واعتبروه فى حكم المنجز استحساناً، وإن كان القياس يقتضى غير ذلك، وبناء عليه لو كان عقد زواج وقال تزوجتك إن قبل أبوك. فقالت قبلت - وكان أبوها فى المجلس - فرضى بذلك انعقد العقد ما دام مستوفياً شروط الانعقاد.

ولا يكون التعليق حقيقياً إلا إذا كان المعلق عليه لم يحدث فعلا وكان محتمل الحصول أو كان حصوله واجباً وهذا هو الأصل فى التعليق كأن تقول لآخر إن أشرقت شمس الصباح فأنت وكيل عنى فى شراء كذا أو إن أقرضت فلاناً عشرة جنيهات فأنا كفيل، أو إن قال لامرأته إن خرجت من المنزل فأنت طالق، فإن هذه العقود معلقة على شروق الشمس وعلى الإقراض وعلى الخروج. فإذا حدث شىء من ذلك وجد المعلق وتحقق العقد وظهر أثره، أما إذا لم يتحقق المعلق عليه فإنه لا أثر للعقد المعلق.

والحق أنى لا أستسيغ القول بأن التعليق على ما هو واجب الحصول يعتبر تعليقاً فإن ما قاله الفقهاء من جعل الالتزام على شروق شمس الصباح تعليقاً ينقصه الدليل. والواقع أن ما دفعهم إلى هذا القول بأن المعلق هو ما دلت صيغته على التعليق بأداة من أدوات الشرط، وهذا أمر شكلى صرف لأن الإضافة قد تكون فى صيغة التعليق فإذا أردت أن أؤجل التزاماً إلى الغد فيصح أن أقول أنت وكيل عنى من صباح الغد، أو إن أشرقت شمس الصباح فأنت وكيل عنى، وهما بمعنى واحد. لكن ينبغى أن يقتصر المعلق على ما كان التعليق فيه على حصول أمر مستقبل يحتمل الحصول وعدمه، أما إذا كان التعليق على شىء محقق الحصول فإنه ينبغى أن يكون من باب الإضافة[1].

العقود بالنسبة للتعليق:

نظر الأحناف إلى العقود بالنسبة لقبول التعليق وعدمه وقالوا إن منها:[١]

(أ) مايصح تعليقه على أى شرط ملائماً كان أو غير ملائم[2] لاتقاء الغرر، أو لأنها

(١) وهذا فى نظر القانون يعتبر التزاماً مؤجلا لا معلقاً على ما بيناه قبل ومن هذا التزام شركات التأمين على الحياة، راجع السنهورى فى الموجز جـ ٢ ص ٤٧٤ وفى الوسيط للسنهورى جـ ٣ ص ٧، فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والأجل هو إذن تحقق الوقوع وعدم تحققه: فكلاهما أمر يقع فى المستقبل. ولكن الأجل محقق الوقوع أما الشرط فوقوعه غير محقق.

(٢) الشرط الملائم ما كان شرطاً للزوم الحق كقولك إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن، أو كان شرطاً لإمكان استيفاء الحق مثل إن قدم زيد ولم يؤد ما عليه فعلى دينه، أو شرطاً لتعذر الاستيفاء: إن أفلس المدين فأنا كفيل بالدين.

غيـر ملزمة أو لأن طبيـعـتها لا تمنع ذلك مـثل النذر، كأن تقـول لله على نذر إن نجحت فى امتـحان هذا العام لأتصدقن بكذا على الفـقراء، وكالوكالة فـتقول: إن سافـرت فأنت وكـيل عنى. وكالوصـية فـتقول إن مـت فلك ثلث مالى وصـية، والإيصاء كـأن تقول إن مت فـأنت وصى على أولادى[1]. وقالوا إن جـواز تعليق الوصية والإيصاء لاحترام إرادة المتوفى.

وأجازوا تعليق الإسقـاطات مطلقاً، بل أجاز الحنفيـة والمالكية تعليق الطلاق على الزواج نفســه فيصح أن يـقول «إن خرجت أو خـرج فلان أو إن ولدت أنثى فأنت طالق أو إن تزوجتك فأنت طالق»[2] ومن الإسقاطات التى تقبل التعليق على اى شرط تسـليم الشفـيع، كأن يقول: «إن كـان ثمن المبيع الـفاً فقـد أسلمت فى الشفـعة» أو يقول «إذا لم أدفع الثـمن غداً فقـد أسقطت حقى فى الشفـعة» أو إن اشتريت داراً أخرى، أو إن سافرت إلى جهة كذا أسقطت حقى فيها.

(ب) ومنها ما لا يصح تعليقها على مطلق شرط بل على شـرط يتناسب مع مقتضى العقد شرعا أو عرفا بأن كان أساساً لوجود العقد نفسه، أو كان سبباً لثبوت الحق، وذلك فى عقود الالتزامات التى يكون متبرعا بها غير ملزم عند إنشائها وهى تشمل: الكفـالة والحوالة والإذن للصـبى بالتجارة، فـيصح أن يقـول إن أقرضت فلاناً كذا فأنا كفيل ويصح أن يقول البائع للمشترى إن استحق أحد المبيع فأنا كفيل بالثمن، ويصح أن يقـول شخص لآخر: إن لم يدفع المدين لك مـا عليه من دين فـأنا قابل للحـوالة على به، ويصح أن يقـول الوصى للصبى المميز: إن أظهـرت حسن تصرف وخبرة فى الأعمال فقد أذنت لك فى التجارة، أما التعليق على ما لا يتلاءم مع طبيعة العقد فلا يصح ولا تتم معه هذه العقود.

(١) وعلى هذا الحنابلة أيضاً راجع كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٣٦، ومنتهى الإرادات بالهامش.

(٢) والظاهرية أبطلوا تعليق الطـلاق مطلقاً على أى شـرط لأن الله يقول:وإن عزمـوا الطلاق.راجع المحلى لابن حزم. بينما ابن تيمـية يرى البحث عن القصد من تعليق الطلاق هل يقصـد حقيقة الطلاق إذا حدث المعلق عليه أم لا يبنى الحكم على أساس ذلك، راجع فـتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٣. وبه أخذ القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩م ٢ «لا يقع الطلاق غيـر المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه لا غير»

(جـ) ومنها ما لا يقبل التعليق بطبيعتـه، فإذا علقت فسد العقد، وهى عقود التمليك مطلقا[١]، وما أشبه التمليك من الإسقاطات كـالوقف، وعقود التقييدات كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبى المأذون له بالتجارة، فلا يصح العقد إن قال شخص لآخر بعتك دارى هذه إن باعك فلان داره، أو أجرتك دارى إن نقلت إلى بلدة أخرى، أو تزوجتك إن قبل أبى، أو وهبـتك هذه السيارة أو هذا الكتاب إن نجـحت فى الامتحـان، أو تقـول للدائن رهنتك هذه الدار إن اشتـريت داراً أخرى، أو تقـول لآخر إن بعت لى أرضك هذه وقفتـها على جهة كـذا. أو يقول شخص لمطلقتـه: إن تزوج أخى فقد راجعتك إلى عصمـتى. أو أن يقول شخص لوكيله: إذا حضـر فلان فأنت معزول من وكالتى، إلى غـير ذلك فإنه لا يصح مع التعليق أى عـقد من هذه العقـود، ولا يتم معها بيع أو إجـارة أو زواج أو هبة أو رهن أو وقف أو رجعة أو عزل أو ما يكون من هذا القبيل.

تعليل الأحناف لما قالوه فى تعليق العقود وعدمه والرأى فى ذلك:

هكذا يقول الأحناف وكثيـر من الفقهاء بالنسبة لعـقود التمليكات، ويعللون بأن الأصل فى العقود أن يترتب أثرها عليها فى الحال والتعليق يمنعه[٢] ، وإن فى تعليق العقـد معنى المقامرة، إذ العقـد مع التعليق يحتمل الـوجود والعدم، وعلى افتـراض وجوده عند تحقيق الـشرط قد تكون رغبـته فى العقـد قد زالت فيتـزعزع الرضـا أو يزول من نفـسـه، وأسـاس العـقـود هو الـرضـا، فـالأصل النهى عن تعليقها[٣].

---

(١) إلا ما كان يقبل خيـار الشرط كالبيع والإجارة فإن التعليق فيها على الخـيار جائز لأن الشرع قد ورد به.

(٢) كشاف القناع جـ ٢ ص ٤١ ومنتهى الإرادة عليه جـ ٢ ص ٢٧.

(٣) راجع في كل ما تقـدم رد المحتار على الدر المخـتار شرح تنوير الأبصـار المعروف بحاشـية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٤٥ إلى ٢٥٨، والزيلعى جـ ٤ ص ٤١، والمغنـى جـ ٦ ص ٢٥٦ وفيه «أن الهبة لدى الأحناف والشافعية والحنابلة لا يجوز تعليقها على الشرط لأنها تمليك لمعين فى الحياة والتمليك لا يقبل التعليق».

وفى الواقع إننا لم نجد نصاً يؤيدهم ولم نقف فى كتبهم - مع كثرة ما رجعنا إليه منها - على نص يستدلون به أو يؤيد مدعاهم على أن تعليلهم غير مسلم به، أما بالنسبة لعقود التبرعات فإن الإمام مالكا رضى الله عنه قد أجاز تعليقها ولا ضرر من ذلك، فما الغرر والمقامرة التى تنتج من أن أهب لآخر شيئاً إن نجحت فى الامتحان؟ وما الضرر الناتج من أن أعيرك كتابى إن جاءنى كتاب آخر، ومع هذا فقد روى الرسول صلى الله عليه وسلم أنه علق هبة إلى زوجته أم سلمة فقال: «إنى قد أهديت إلى النجاشى حلة وأوانى من مسك، ولا أرى النجاشى إلا قد مات، ولا أرى هديتى إلا مردودة فإن ردت على فهى لك»[(١)].

ثم لم هذا المنع فى غير عقود الزواج والخلع[(٢)]؟ أما كان الأفضل أن نترك الناس وما يشترطون ما دام الشرط ارتضاه المتعاقدان وعلقا العقد أو الالتزام عليه «والمؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراماً أو حرم حلالا».

والحق أن المعاملات المالية لو كانت لا تقبل التعليق لما أقدم الرسول على تعليق الهبة، ولما صح تعليق الوصية والإيصاء، والتفريق بين الوصية والبيع تفريق لا مبرر له؛ بل إن فى إطلاق النصوص ما لا يمنع التعليق[(٣)].

ومن هذا يظهر أن تفرقة الأحناف ومن معهم بين العقود بعضها وبعض تفرقة ينقصها الدليل ولا مبرر لها، وأن التعليق على الشروط ينبغى أن تكون جائزة ملزمة ما دامت لا تخالف نصاً فلا تحرم حلالا أو تحل حراماً.

---

(١) عن أم كلثوم بنت أبى سلمة. راجع للشوكانى نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٠٠.

(٢) أما عقد الزواج والخلع فسلامة الأسرة تقتضى أن يكون العقد فيها جازماً قاطعاً، ومع هذا فقد جاء فى إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٣٨ ما نصه: «نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط وهذا هو الصحيح».

(٣) وفى هذا يقول ابن القيم: «تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغنى عنه». راجع إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٢٨٨.

وعلى كل فهذا ما قاله الفقهاء فى العقد، وقد تناول القانون هذا الموضوع بعنوان الشرط فى المواد من ٢٦٥/ ٢٧٠ وهى وإن اقتصرت على القواعد الأساسية فإنه رتبها ترتيباً منطقياً[1].

---

(١) وهى تبحث فى أمرين: قيام الشرط، والآثار المترتبة عليه. ويستخلص من المواد (٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧) أن الشرط يكون أمراً مستقبلا، غير محقق الوقوع، وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب، وأنه أمر عارض إضافى يمكن تصور الالتزام بدونه:

أ ـ فلا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً وإلا فيكون العقد منجزاً معلقاً حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل أن الشرط قد تحقق. والأمر المستقبل قد يكون إيجابيا كأن يهب الأب ابنه دارا إذا تزوج، وقد يكون سلبيا كأن يوصي الزوج لامرأته بدار على ألا تتزوج من بعده، ولا فرق بينهما إلا من ناحية تقدير الوقت الذى يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف.

ب ـ ولا يجوز أن يكون مستقبلا لكنه محقق الوقوع، وإلا فهو أجل لا شرط فإذا أسند التزامه إلى موسم الحصاد فهو إضافة لا تعليق، وكذلك لو أسند الالتزام إلى الموت لأنه سيأتى لا محالة. وكذلك لا يجوز أن يكون الشرط مستحيل الوقوع استحالة مطلقة أى يستحيل وقوعه بالوسائل المعروفة للإنسان كأن يلتزم شخص بجائزة لمن يصل إلى القمر، أما إن كان استحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام، وتكون نسبية إذا غلب على الظن أن تقدم المعارف البشرية تجعل الشرط غير مستحيل الوقوع كالوعد بمنح جائزة إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية التى لا يوجد لها علاج، ولا يجوز أيضاً أن يكون مستحيلا استحالة قانونية كمن يتزوج على شرط أن يطلق زوجته إذا كان الطلاق غير جائز فى شريعته.

جـ ـ ولا يجوز أن يكون مخالفاً للنظام كأن يشترط ألا يحترف المشترط عليه مهنة معينة ليست وضيعة ولا مزرية بالكرامة، وأن تشترط الزوجة غير المسلمة على زوجها المسلم أن يكون أولادها منه على دينها هى وإلا كان لها حق الطلاق. كما لا يجوز مخالفاً للآداب كمن يشترط أجراً لامتناعه عن جرم أو لقيامه بالواجب، أو كمن يلتزم بهبة لامرأة إذا عاشرته معاشرة غير مشروعة.

د ـ أن يكون الشرط أمراً عارضاً لا يساهم فى تكوين الحق ذاته وإنما يلتحق بعد تكوينه ويمكن تصوره بدونه، والشرط يكون واقفاً وهو ما إذا كان وجود الالتزام متوقفاً على الشرط بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد، كأن يعلن الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج. كما يكون الشرط فاسخاً بأن كان زوال الالتزام هو المتوقف على الشرط مثل نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية فى مواعيدها فإذا تأخر المدين عن دفع الأقساط الباقية اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن، فالالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد فى الحال وينفذ ولكن زواله هو الذى يعلق على شرط. [وتنص المادة (٢٦٨) وتتعلق بالآثار المترتبة على الشرط وقد أشرنا إليه بعد ذلك فى موضع آخر وتناولت المادة (٢٦٩) الشرط الفاسخ وأن تحققه يزيل الالتزام المعلق عليه ويجعله كأن لم يكن منذ البداية ينفسخ الالتزام دون حاجة إلى حكم أو إعذار.

والمادة (٢٧٠) وتتعلق بالأثر الرجعى لتحقق الشرط وهى من أهم مسائل الشرط فتنص «إذا تحقق الشرط استند إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام...» راجع تفصيل كل هذا فى الوسيط للسنهورى جـ ٣ من ٨ ـ ٧٣.

الفرق بين المعلق والمضاف : العقد المضاف ينعقد باعتباره سبباً فى ترتب الحكم عليه باتفاق الفقهاء غير أن الصيغة حددت وقت ظهور الحكم فى زمن المستقبل.

أما العقد المعلق فالشافعية ومن معهم يعتبرونه كالمضاف فى انعقاده واعتباره سبباً شرعاً لظهور الحكم الذى يتأخر حتى يأتى الزمن المضاف إليه أو يتحقق الشيء المعلق عليه، ويعللون لذلك بأنه إذا صدر عقد معلق ممن هو أهل للتعاقد، ثم قبل تحقق المعلق عليه خرج العاقد من أهليته، وبعد ذلك وجد المعلق عليه فإن الحكم لا محالة ظاهر والعقد يتم، فإذا قال رجل لامرأته إن ذهبت إلى مكان كذا فأنت طالق ثم خرج عن أهليته، وذهبت هى بعد ذلك إلى المكان المعلق عليه الطلاق، فالطلاق واقع حتى عند الأحناف والمالكية لأنه وقت إنشاء الصيغة كان أهلاً[1] لإيقاعه، وهذا يدل عن أن العقد كان قائماً موجوداً باعتباره سبباً رتب الشارع الحكم عليه من وقت وجود الصيغة وإلا لما وقع الطلاق لأن العاقد غير أهل للتعاقد، وبهذا يكون المعلق والمضاف كلاهما يعتبر سبباً فى الحال.

لكن الأحناف والمالكية يفرقون بين العقد المضاف والمعلق ويرون أنه منعقد مع الإضافة لأن الإضافة دخلت على الحكم لا على السبب، أما فى المعلق فإن انعقاده باعتباره سبباً فى الحكم لا يتم إلا مع وجود المعلق عليه واتصال أثره به فوراً لأن العقد نفسه قد تعلق وجوده ـ كسبب فى ترتيب الحكم ـ على وجود المعلق عليه. ويحاولون إبطال وجهة نظر الفريق الآخر بقولهم إن المعلق عليه قد يوجد وقد لا يوجد، فكيف يقال إن العقد وجد فعلا وانعقد، وأن الحكم فقط هو الذى تخلف حتى يتحقق المعلق عليه مع أنه قد لا يوجد! فهل يبقى العقد باعتباره سبباً فى الحكم قائما إلى ما لا نهاية أم يبطل العقد؟ وما الذى يبطله بعد أن وجد

---

(١) راجع فتح القدير جـ ٣ ص ٩٩ وما بعدها، ابن عابدين جـ ٣ ص ٧٣٣ وما بعدها الأحوال الشخصية للمرحوم الشيخ معوض سرحان ص ٣٣٦.

واعتبر سببا؟ هل عدم وجود المعلق عليه، وهو المعدوم يبطل الموجود؟ وفرع الأحناف على تفرقتهم أن الرجل لو حلف أنه لا يطلق زوجته ثم قال لها بعد: أنت طالق غداً، فإنه يحنث في يمينه لا محالة، أما إن علق طلاقها على شيء فإنه لا يحنث في يمينه إلا إذا حدث المعلق عليه، ووقع الطلاق وما ذلك إلا لأن الطلاق لم ينعقد سببه قبل حدوث المعلق عليه[١].

الأثر المترتب على خلاف الفقهاء في وجود العقد المعلق:

أثر هذا الخلاف يظهر لو نذر شخص لله بأن يتصدق بعشرة جنيهات إن نجح في امتحان هذا العام، فهو قد التزم شرعا بنذر يجب ديانة الوفاء به، فإذا تصدق فعلا بالمبلغ قبل ظهور النتيجة، ثم ظهرت النتيجة بعد ذلك بنجاحه، فلا شيء عليه عند الشافعي لأن النذر قد ارتفع، إذ حينما تصدق كان العقد قائما فيظهر المحكم فيه. أما عند الأحناف والمالكية فلا يعتبرون ذلك مجزيا في النذر لأن العقد لم يوجد باعتباره سببا إلا بعد وجود المعلق عليه وهو النجاح. ويلزمه ديانة أن يتصدق بالمبلغ بعد النجاح[٢]. وأيضاً لو قال رجل لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها طلقت عند الأحناف لأنها وقت وجود العقد كانت زوجته، فالمحلية متحققة، أما عند الشافعي فلا تطلق لأن العقد انعقد عند التكلم ووقتها لم تكن المرأة زوجة له فلم تتحقق المحلية.

---

(١) والمادة ٢٦٨ من التقنين المدني «إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهري ولا يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه، وهذا الحكم كان معمولا به من قبل دون نص عليه. وقد تكلم الدكتور السنهوري في الوسيط جـ ٣ ص ٣٨ وقال إن الشرط المعلق لا يكون نافذاً بل لا يكون موجوداً وجوداً كاملا، وقال إنه يتدرج بين مراتب سبع، ثم استخلص أن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود ولكن وجوده غير كامل، ودلل على وجوده بأنه ينتقل بالميراث وغيره، ويجوز لصاحبه أن يوصى به وأن يتصرف فيه بالبيع والهبة والرهن. ومع هذا فوجوده لا يتكامل إلا إذا تحقق الشرط فلا تكون له في هذه المرحلة مزايا الحق الكامل من وجوه عدة فلا يكون قابلا للتنفيذ القهري مثلا وهو في حالة التعليق ولا التنفيذ الاختياري.

(٢) راجع في هذا كشف الأسرار جـ ٢ ص ٥٩٢، فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٣٥٣، الملكية ونظرية العقد ص ٣٤٨ وما بعدها، أحكام المعاملات الشرعية ٢٢٢، ٢٢٣، الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم، مذكرات لقسم الدكتوراه سنة ٤٤/ ٤٥ من ص ١٦٩ ـ ١٨٠.

الفصل الخامس

العقد وعيوب الإرادة

ويتكون من مبحثين: الأول: العاقد. الثاني: عيوب الإرادة

المبحث الأول

من يباشر العقد

أشرنا قبل إلى أن الشخص قد يباشر تصرفا أو عقداً ما عن الغير بطريق الوكالة، أو يباشره دون أن تكون له ولاية مطلقا عليه، وقد أطلق الفقهاء عليه اسم الفضولي؛ ولذا سنتكلم أولا عن الوكيل، وثانيا عن الفضولي.

أولا - الوكالة:

الوكالة - دليلها وحكمتها: الوكالة هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف يملك التصرف فيه[1]، فإذا وكل شخص آخر عنه في عمل غير مشروع كان التوكيل غير صحيح لأن الموكل نفسه لا يملكه شرعا.

وإنما شرعت الوكالة لتفاوت الناس في القدرة على تصريف أمورهم وقضاء حاجتهم، إذ في الناس من يكون له أمر لا يستطيع أن يأتيه بنفسه لعجزه عن أدائه، أو لعدم وجود سعة في وقته، أو لأنه لا يليق به أن يأتيه لمهابة مركزه وسلطانه[2].

---

(١) الفتح جـ ٧ ص ١٠١ والبدائع جـ ٦ ص ١٩ والوكالة ثابتة بالقرآن والسنة والإجماع: يقول الله في سورة التوبة: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾، فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة والوكالة عن المستحقين، وروى أن النبي عليه السلام وكل عنه في الشراء وفي الزواج، وقد اجمعت الأمة الإسلامية على جواز الوكالة من بدء الدعوة الإسلامية إلى الآن ولم يخالف في جوازها أحد.

(٢) يقول صاحب الهداية جـ ٢ ص ١٠٩ «لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل به غيره دفعاً للحاجة» وجاء في المغني جـ ٥ ص ٨٣ «ولأن الحاجة داعية إليه لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها، وأباحها الشرع دفعاً للحاجة وتحصيلا لمصلحة الناس».

والأصل فى الوكالة أن تكون بغير أجر[١] أى أنها عمل تبرعى، إلا إذا نص على أجر فإن الوكيل يأخذ حكم الأجير الخاص أو المشترى. وإذا أغفل عقد الوكالة من نص، حكم العرف عند الاختلاف، والقانون على أن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل[٢].

ولما كان الأصل فى الوكالة تبرعية كان عقد الوكالة غير لازم من الجانبين فيجوز لأحدهما فسخه دون رضاء الآخر ما دام لم يتعلق بالتوكيل حق الغير[٣]، كما أن يده يد أمانة فلا يضمن ما هلك تحت يده دون اعتداء أو تقصير.

وعقد الوكالة لا يتوقف تمامه على حضور الوكيل عند إجرائه، وموافقته عند إنشائه لكنه إذا علم به فقبل أو سكت ثم باشر عملا مما وكل فيه اعتبر ذلك قبولا منه[٤] لكن إذا علم بها فرفض ارتفع الإيجاب بالرد، فإذا قام بعد رفضه بعمل مما وكل فيه كان فضوليا فى هذا العمل[٥].

---

(١) جاء فى المغنى جـ ٥ ص ٨٤ «ويجوز التوكيل بجعل وبغير جعل فإن النبى صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً فى إقامة الحد، وعروة فى شراء شاة، وعمراً وأبا رافع فى قبول النكاح، بغير جعل، ثم يقول: وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولذا قال له أبناء عمه لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدى إليك ما يؤدى الناس ونصيب ما يصيبه الناس؟، ومنه تتبين أنهم أجراء لا وكلاء.

(٢) راجع المادتان ٧٠٤، ٧٠٩.

(٣) كان يتعلق بها حق المرتهن فإذا وكل غائب حاضراً عنه فى بيع داره وتسديد ما عليه للمرتهن فحق المرتهن قد تعلق بالوكالة راجع الفتح جـ ٦ ص ١٢٠ والمادة (٦٩٩) تنص على ان الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى للموكل. وفى المادة (٧٠٥) أنه يجوز للموكل فى اى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. والمادة (٧٠٦) على أنه يجوز للوكيل أن يتنزل فى اى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. وقد ورد قيد فى المادتين يفيد ذلك إذا كان عقد الوكالة روعى فيه مصلحة خاصة أو تعلق به حق الغير أو كانت الوكالة بأجر ومقيدة بالقيود المنصوص عليها وهذا تبعاً لأن الأصل فيهاانها تبرعية كما فى المادة (٧٠٩).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم جـ ١ ص ١٨٥.

(٥) فتح القدير جـ ٦ ص ١٠١ المغنى جـ ٥ ص ٨٤.

ما يشترط لصحة الوكالة:

(أ) يشترط في الموكل[١] أن يكون مالكا لأصل التصرف[٢] الذي يوكل الغير فيه، فلا يصح من المجنون والمعتوه والصبي غير المميز، وكذا الصبي المميز فيما هو ضار أو متردد بين النفع والضرر وكان تصرفاً غير مأذون فيه، وإلا كان التوكيل نفسه موقوفا علي الإجازة[٣]، وكذا السفيه فإنه يجوز أن يوكل غيره في كل ما يملك فعله، فيصح توكيل غيره في زواجه وطلاقه ووفقه علي نفسه ووصيته في حدود الثلث. ويأخذ حكم الصبي المميز في غير ذلك من الأمور المالية.

وعلي هذا فلابد في الموكل من أن تكون له أهلية أداء تخول له حق توكيل الغير فيما يوكله فيه. ويري الصاحبان أنه لابد أن يملك فعل نفس التصرف الذي وكل فيه الغير، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فلا يصح توكيل المسلم الذي يبيع خمرا أو خنزيرا عندهما خلافا للإمام.

(ب) ما يشترط في الوكيل: يكتفي الأحناف في الوكيل أن يكون مميزاً يعقل العقد لتكون عبارته معتبرة ينعقد بها عقد فيصح أن يكون صبيا مميزاً ومن في حكمه كالسفيه لأنهما من أهل العبارة[٤].

---

(١) راجع البدائع جـ ٦ ص ٢٠ فقد بين بالتفصيل ما يشترط في الوكيل وما يشترط في الموكل به.

(٢) شرح كنز الدقائق للزيلعي جـ ٤ ص ٢٥٤.

(٣) البدائع جـ ٦ ص ٢٠، العناية علي الفتح جـ ٦ ص ١٠٩.

(٤) والحجر عليهم للمحافظة علي أموالهما فقط بدليل أن التصرف النافع يصح بعبارتهما. والمتردد مع الإذن أو الإجازة يصح. وكل ما في الأمر أنه يلتزم بحقوق العقد، وإنما يلتزم بها الموكل نفسه، فلو وكلت صبياً مميزاً في شراء سلعة لك فاشتراها وكانت فاسدة فإنه لا يلتزم بردها للبائع لأنه ليس من أهل العهدة، وإنما يلتزم بذلك الموكل نفسه. راجع التوضيح علي التلويح جـ ٣ ص ١٥٩.

لكن الشافعي يرى أن وكالة الصبي المميز غير صحيحة لأنه غير مكلف، «وكالته عنده كوكالة المجنون، لأن القاعدة أن كل شيء حجر على الصغير فيه لا ينعقد إذا تولاه هو، وقد منع الصبي المميز عن العقود فلا تنعقد منه لنفسه أو لغيره، كما يرى أنه لا يصح توكيل الزوجة عن غيرها إلا بإذن زوجها، وقد تكلم الفقهاء في ذلك كثيراً، وساقوا من الأدلة ما لا تتسع له هذه الدراسة»(١).

(جـ) يشترط في موضوع الوكالة أن يكون معلوما للوكيل، واغتفروا ما به من جهالة يسيرة، فأجاز الفقه الإسلامي التوكيل في كل شيء يمكنه إحداث أصل تصرفه إلا الشهادة واليمين، والحدود التي فيها حق العبد، والقصاص إذا كان الموكل غائبا فيهما لاحتمال عفو صاحب الحق عن خصمه، والحدود إنما تدرأ بالشبهات، واحتمال العفو شبهة(٢). فالتشريع الإسلامي قد وسع على الناس وسهل لمن أحس في نفسه عجزاً أو في وقته ضيقا(٣) أن يوكل عنه غيره.

التوكيل في الخصومة: توكيل الشخص عنه غيره في مباشرة القضايا وخصوماته جميعا عدا الحدود والقصاص لا يتوقف على رضاه الخصم بهذا الوكيل خلافا لأبي حنيفة فإنه يرى ضرورة موافقة الخصم(٤). الوكيل بالخصومة - كما يرى الأحناف عدا زفر - مهمته أن يظهر حق موكله ويثبته، وهذا يقتضي منه أن يقر بما يرى أنه حق، وأن ينكر ما يرى أنه غير حق، فيكون إقرار الوكيل وإنكاره حجة على الموكل، كما له عندهم فوق ذلك كل ما يتعلق بالخصومة، ومنه قبض ما يثبت لموكله من حق، لأن الخصومة لا تنتهي إلا به وهو وكيل في الخصومة.

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٢٠، الفتح والعناية جـ ٦ ص ١١١، المغني جـ ٥ ص ٧٩، ٨٠، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٤.

(٢) الهداية جـ ٢ ص ١٠٩ والبدائع جـ ٦ ص ٢١، ٢٢.

(٣) نظرية العقد ص ٣٠٨، ٣٠٩ هامش، يقول الدكتور السنهوري «إن القانون الروماني وحتى القانون الفرنسي الحديث كلاهما لم يصل إلى ما وصل إليه الفقه الإسلامي في عقد الوكيل الذي أجاز الوكالة في كل العقود، ومدار الوكالة في القانون المصري تنبئ عن اتجاه وجهة الفقه الإسلامي في جوازها في كل مال يملك الموكل إحداثه».

(٤) لأنه يرى أن تفاوت الناس في قوة الحجة وسعة الحيلة بما يخشى معه إضاعة الحق، واستثنى ما إذا كانت هناك ضرورة تدفع الموكل إلى عدم توقف توكيله على إذن خصمه كالسفر والمرض، والمرأة التي لا تغشى مجالس الرجال ومجالس القضاء، كي لا يضيع حقهم.

أما زفر من الأحناف، ،والشافعي، فيريان أن الوكيل بالخصومة وكيل في المنازعات ومجادلة الدليل بالدليل ومهمته أن يعمل لصالح موكله، والإقرار ينافي ذلك. أما قبض ما ينتج عن الدعوى فيرى زفر أيضا أن الوكيل بالخصومة لا يملكه، لأن الموكل قد لا يأتمن الوكيل على أمواله وإن كان مطمئنا لقوة حجته وسلامة بيانه(١).

أقسام الوكالة: تكون الوكالة منجزة ومضافة ومعلقة على شرط(٢)، وتكون مطلقة من القيود، كأن يوكل شخص آخر في بيع داره دون أن يقيده بثمن او وصف أو وقت(٣).

كما تكون مقيدة، فلا يصح للوكيل أن يتعدى ما يقيده به الموكل إلا إلى ما هو خير للموكل، كأن يقول شخص لآخر، وكلتك عني في بيع داري هذه بمبلغ ألف جنيه مؤجلة إلى سنة، فباعها الوكيل بألف وماية مؤجلة إلى سنة أو باعها بألف حالة، فإن البيع يكون صحيحاً نافذاً ويكون الوكيل لم يتعد حدود توكيله.

---

(١) راجع في ذلك جميعه البدائع جـ ٦ ص ١٢٢، ١٢٣، تكملة الفتح جـ ٦ ص ٦ ـ ١٢ المغني جـ ٥ من ص ٨٠ إلى ٨٤، ص ٩١ ـ ٩٣، الهداية جـ ٣ ص ١٠٩، ١١٠، ١٢٠، ١٢١ والمبسوط جـ ١٩ ص ٢٠ وما بعدها. هذا والقانون يرى أنه لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وقد بينت ذلك المادتان ٧٠١، ٧٠٢.

(٢) راجع البدائع جـ ٦ ص ٢٠، المغني جـ ٥ ص ٨٥ وللشافعي في ذلك رأي خاص.

(٣) ويرى الإمام ان للوكيل أن يبيع بأي ثمن قل أم كثر، ويملك البيع بالفور وبالنسيئة، ومع هذا فالإمام لا يجيز للوكيل ان يبيع هذا لنفسه ولا لفروعه أو اصوله أو زوجته منعاً للتهمة.

أما الصاحبان ومعهما الشافعي فيرون أن الإطلاق في التوكيل يتقيد بالعرف فلا يبيع بالغبن الفاحش أو بغير نقود أو نسيئة إلا إذا اجاز العرف شيئا منه، وهذا هو المختار، ولذا فقد أجاز الصاحبان للوكيل المطلق أن يبيع ما وكل له بيعه لمن يشاء ما دام البيع بمثل قيمته أو أكثر لانتفاء التهمة.

راجع المبسوط جـ ١٩ ص ٣١ وما بعدها، البدائع جـ ٦ ص ٢٧، ٢٨ هذا والمادة (١٠٨) «لا يجوز لشخص أن يتعاقد بنفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصل إجازة التعاقد... إلخ».

وإذا كان الإيجاب خاصا بتصرف معين، كأن يوكله فى عقد بيع معين أو فى دعوى منظورة أمام القضاء فعلا، كانت الوكالة خاصة فلا يجوز للوكيل أن يتصرف إلا فيما وكل به، وليس له أن يوكل عنه غيره فيما وكل هو فيه من غير أن يكون قد أجاز الموكل له ذلك صراحة. لأنه إنما رضى برأيه لا برأى غيره، وإن كان الإيجاب عاماً فى ناحية: كالمرافعة فى القضايا، كان للوكيل الحق فى أن يفعل كل ما كان للموكل حق فعله فى هذا التصرف، ومن هذا أن يوكل عنه غيره، فيكون هذا الوكيل الآخر وكيلا عن الموكل أيضاً بحيث لا يملك الأول عزله. وقد تكلم الفقهاء كثيراً فى التفويض إلى الوكيل وما يشمله هذا التفويض من تصرفات[1]، ومع هذا فالوكالة إن كانت عامة دون تحديد ناحية كأن يقول له أنت وكيل عنى فى كل أمورى تتصرف فيها كيف تشاء صح عند الأحناف لانتفاء الجهالة بهذا العموم، لكن الشافعى وأحمد ورواية عن أبى حنيفة أن الوكالة لا تصح إلا فى تصرف معلوم ولا يصح أن يوكل فى كل شىء[2].

توكيل أكثر من واحد:

وإذا وكل شخص عنه أكثر من وكيل واحد. فإذا كانوا فى عقد واحد فليس لأحدهم الحق فى أن ينفرد بالتصرف بمفرده فيما وكلهم فيه، إلا إذا كان قد أذنهم بالانفراد[3]. فإنه يصح لكل واحد منهم أن ينفرد بإجراء ما وكل فيه فكل واحد له

(١) المغنى جـ ٥ ص ٨٨، ٨٩، الهداية جـ ٣ ص ١١٩، ١٢٩ وغيرهما. هذا والقانون قد الزم الوكيل فى المادة (٧٩٣) بأن لا يتجاوز حدود التوكيل إلا لمصلحة يراها واستحال عليه الرجوع إلى الموكل وكانت ظروف الحال يغلب معها الظن بموافقة الموكل ومع هذا فلزم أن يبلغه فوراً بما فعله. كما أن المادة (٧٠٨) تناولت إنابة الوكيل عنه غيره وجعلته نائباً عنه متضامناً معه إذا كان بغير إذن الموكل وإلا فإذا أذنه من غير تعيين شخص فمسئولية الوكيل تنحصر فى خطئه فى الاختيار.

(٢) وفى المغنى المكان السابق «لأن فيه ضرراً عظيماً وخطراً كبيرا لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه وتزوج نساء كثيرة».

(٣) وهناك من التصرفات مالا يمكن فيه اجتماع الوكلاء دفعة واحدة كالتوكيل فى الدعاوى فإنه يلزم أن يترافع كل منهم بمفرده بعد اخذ رأى الآخر، والاتفاق على طريقة الدفاع لأنه لا يمكن أن يتكلموا دفعة واحدة، هكذا يقول الفقهاء. وفى الواقع أنهم بالاتفاق على الخطة التى يسيرون عليها والاشتراك فى الرأى ووضع الخطوط الرئيسية يكونون قد اجتمعوا فى العمل ولا يعتبرون فى مرافعتهم بعد ذلك منفردين لأن كل واحد منهم فى هذه الحالة يتكلم برأيه ورأى زملائه. ويقول الفقهاء أيضاً، إنه إذا تعدد الوكلاء فى عقد واحد ولم يأذن لأحدهم بالانفراد صح لهم الانفراد بالتصرف رغم هذا إذا كان الموضوع مما لا يحتاج إلى رأى كرد الودائع، وقبض الدين أو وفائه.

الحق فى أن يتصرف بمفرده فى موضوع الوكالة جميعه، لأن كل واحد منهم بهذا يكون قد استمد منه ولاية التصرف كاملة(١).

الفرق بين الوكيل والسفير:

السفير أو الرسول ينعقد معه العقد برغبة المرسل نفسه وإرادته، ولا إرادة له فى العقد، ومهمته تبليغ رغبة المرسل فليس له سوى العبارة فقط، فيقول باع فلان كذا أو بعثك كذا نيابة عن فلان. وهكذا يضاف التعاقد إلى الأصيل فى سائر العقود والالتزامات.

أما الوكيل فيتعاقد برأيه وبعبارته ويضاف العقد إليه، فتقول بعت كذا واشتريت كذا واستأجرت كذا، فهو عند التعاقد يعتبر أصلا فى العقد. وكان مقتضى هذا أن يثبت الحكم له وأن تعود الحقوق إليه. فتنتقل إليه الملكية مثلا فى عقود البيع ويلتزم هو بدفع الثمن ويخاصم فى ذلك، ومن حقه أن يرده بخيار العيب وبفسخه إذا وجد ما يقتضى الفسخ. غير أنه لما كان فى الحقيقة يعقد لأصيل مستور فى شخصه، استنابة عنه بولاية أثبتها له عند التوكيل، اقتضى هذا أن يثبت حكم العقد وأثره للموكل وإن كانت صورته الظاهرة أنه للوكيل الذى باشره واضيفت الصيغة إليه.

وحكم العقد: اى الأثر المترتب عليه كنقل الملكية فى عقد البيع والمنفعة فى عقد الإجارة - يرجع إلى الموكل فى جميع العقود باتفاق الفقهاء.

وأما حقوق العقد: وهى ما يتبع حكمه من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ الحكم، مثل ضمان خلو محل العقد من العيوب، والالتزام برده عند اكتشاف العيب، والالتزام بتسليم المبيع أو أداء الثمن أو إيفاء الزوجة بعاجل صداقها، فإنها ترجع أيضاً إلى الموكل عند الفقهاء جميعاً.

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٨٧ - ٨٨، البدائع جـ ٦ ص ٢٢ - ٢٣. هذا والمادة ٧٠٧ من القانون تناولت تعدد الوكلاء بما لا يختلف عن الرأى الفقهى.

غيـر أن الأحناف خالفوا فى حـالة واحدة فجعلوا الحـقوق فيـها ترجع إلى الوكـيل الذى باشر العـقد. وهذه الحـالة هى مـا إذا كان الوكـيل من أهل العهـدة والالتزام(١)، وكان العقد عقد معاوضة ماليـة، وقد أضاف الوكيل صيغة العقد إلى نفسه(٢)، وقـد روى عن الشافـعيـة إجـازة إرجاع الحـقوق عـلى الوكيل فى مـثل هذا(٣).

منهيات عقد الوكالة(٤)

١ ـ عزل الموكل لوكيله بشـرط أن يعلم الوكيل بذلك وأن لا يكون قد تعلق بالوكالة حق الغير، أما الأول فلكى لا يضار الوكيل إذا تصرف قبل العلم(٥)، ولذا

(١) بأن كان حراً بالغاً، لأن الصبى المميز ـ وقد أجاز الأحناف وكالته كما عرفت ـ لا يملك هو أو وليه التصرف الضار فى ماله، وإلزامه بالعقد ضرر فى ماله.

(٢) راجع تفصـيل الموضوع فى كتـابنا الفقه الإسـلامى من ص ٤٨٥ إلى ٤٨٩ وراجع المغنى جـ ٥ ص ١٣٠، والزيلعى جـ ٤ ص ٢٥٦، والبدائع جـ ٦ ص ٢٣ والهداية والفتح والعناية جـ ٦ ص ٧، والمبسـوط جـ ٩ ص ٣٤ وقد تناولت هذا الموضـوع المواد (١٠٤، ١٠٥، ١٠٦) من قانوننا المدنى وهى تتفق فى جملتها مع الفقه الإسلامى.

(٣) الفروع التى وردت فى كـتب الشافعـية تفيد أن حـقوق العقد هـنا يجوز إرجاعهـا إلى الوكيل فيقولون كما جاء فى نهاية المحـتاج جـ ٤ ص ٣٧ «إذا اشترى الوكيل، طالبه البائع بالثمن وإذا استـحق المبيع رجع المشـترى على الوكـيل بالثمن ثم يرجع على الموكل، وإن كـان للمشـترى الرجوع ابتداء على الموكل نفسه فى الأصح» من هذا نجد أن كتب الشافعية وإن أجازت الرجوع على الوكـيل فى هذا إلا أنها تصـرح بأنه جـواز وأن الأصح الرجوع على الأصـيل وبذا يكون الشافعـية من المخالفين للأحناف كمـا تنقل عنهم كتب الفقه الحنفى. قـارن هذا بما جاء بكتاب الأموال ونظرية العقد ص ٣٧٥.

(٤) راجع البـدائع جـ ٦ من ٣٧ إلى ٣٩، وانتهـاء الوكالة فى القـانون قد تناولتـه المادة ٧١٤ التى تنص على أنها تنتهى بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة، وبموت الموكل أو الوكيل، والمادتان ٧١٥، ٧١٦ وهما اللتان تجيـزان لكل من الوكيل أو الموكل انتهاء الوكالة رغم الأخذ بالقيود المذكورة فيهما.

(٥) وعند اختلافهما فى العلم بالعزل يكون القـول قول الوكيل مع يمينه فى أنه لم يكن عالماً، فإذا وكل عنه آخر فى تسليم الدائن مـا على الموكل من دين وقبل أن يقوم الوكيل بتنفـيذ ذلك سدد الموكل شـخصيـاً ما عليـه للدائن، ورغم ذلك سلم الوكيـل الدين للدائن، وادعى أنه لم يعلم بقضية، أى ادعى أنه حـسن النية كى لا يضمن، ،ولم يكن ما يدل على حـسن نيـته وجه إليه اليمين، فإن نكل ضمن لسوء النية ـ الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٦٣٦ بتصرف.

كانت تصرفاته قبل علمه بالعزل نافذة[1]، وأما الثانى فلكى لا يضار الذى تعلق حقه بالوكالة، فإذا وكل المدين غيره ببيع ما قدمه رهناً لسداد دينه عند حلول موعده، فإن الراهن لا يملك عزل من وكله ببيع الرهن إلا برضاء الدائن «المرتهن».

٢ ـ عزل الوكيل لنفسه بشرط علم الموكل وعدم تعلق حق الغير بالوكالة.

٣ ـ موت الموكل أو خروجه عن أهلية التصرف فيما وكل فيه مسقط للوكالة دون توقف على علم الوكيل، وكذلك إذا حجر عليه للسفه وكان التوكيل فى شىء لا يملكه الموكل بعد الحجر عليه بأن كان تبرعاً مثلا.

٤ ـ خروج الوكيل عن أهلية التصرف بأن يجن جنوناً مطبقاً أو يموت.

٥ ـ تصرف الموكل فيما وكل فيه كأن تكون داراً فباعها أو هدمها، وكذا لو خرج موضوع الوكالة عن صلاحيته لتصرف الوكيل كأن تتهدم الدار أو تموت الشاة التى وكله ببيعها.

٦ ـ بمجرد انتهاء الوكيل من العمل الذى وكل إليه، أصبح العقد منتهياً من تلقاء نفسه إلا إذا شمل عند الوكالة شيئاً آخر.

ثانيا ـ الفضولى:

الفضولى هو الذى تصرف فى شأن من شئون غيره تصرفاً شرعياً من غير أن يكون له سلطة إصدار هذا التصرف، فالفضولى شخص له أهلية لتولى العقد الذى أنشأه فعبارته فيه ينعقد بها العقد، لكنه لا يملك هذا التصرف لغيره لفقدانه الولاية عليه.

---

(١) وكذا جهل الوكيل بالوكالة يكون عذراً حتى لو تصرف قبل بلوغ الخبر إليه ينفذ تصرفه على الموكل. ولو وكله ببيع شىء يتسارع إليه الفساد ولم يعلم بالوكالة حتى فسد ذلك الشىء لم يضمن شيئاً. ولو وكله بشراء شىء معين فاشتراه الوكيل لنفسه قبل علمه بالوكالة يصح وبعد علمه وقبوله لا يصح. لأن فى التوكيل ضرب إيجاب وإبرام حيث يلزم الوكيل حقوق العقد. راجع كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام للبزودى جـ ٤ ص ١٤٦٧.

فإن كان لك شخص وكيلا عنك وكالة مقيدة فتخطى قيد الوكالة مقدراً أنه عمل لمصلحتك، أو كان لك صديق أو قريب يعلم أنك في حاجة لشراء أو استئجار سيارة، أو في حاجة إلى بيع أو تأجير سيارتك، وصادفه ما يحقق هذه الرغبة ولست معه ولا يمكنه الاتصال بك، وخشى ضياع الفرصة لو انتظر حتى يرجع إليك بادر وعقد، فاشترى أو استأجر، أو باع أو أجر، وتصرف ثم عاد إليك، وأنباك الخبر سرك صنيعه أو ساءك، أو باشر الأب مثلا عقد زواج ابنه البالغ أو ابنته البالغة دون إذنهما أو حضورهما. فما حكم كل هذه العقود؟

حكم عقد الفضولي عند الفقهاء:

يرى الشافعي وأحمد في رواية مالك أنها عقود باطلة، لأن الولاية عندهم كما قلنا شرط لانعقاد العقد، والفضولي ليس صاحب الشأن ولا نائباً عن صاحب شأن، فليست له ولاية.

والأحناف والرواية الأخرى عن أحمد، والراجح عن المالكية في عقود المعاوضات دون غيرها، أن هذه العقود صحيحة ما دام العقد قد استوفى أركانه وشروطه، والولاية شرط لنفاذ العقد لا لصحته وانعقاده، وما دام الفضولي لا ولاية له على التصرف، فإنه رغم صحته لا ينفذ وإنما ينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الشأن، واستدلوا على رأيهم بأن هذا التصرف قد ينتج مصلحة للمعقود له يندم إذا ضاعت منه لتحققها له من غير عناء ولا مشقة فيجيزه ويصبح نافذاً وإلا فإذا رغب عنه رفضه، والأصل في حال العاقل الصلاح، والفضولي في الغالب لا يكون بعمله إلا قاصداً المعونة والمساعدة لمن يعقد له، وكل ما في الأمر أنه قد يخطئ الظن فما يراه هو حسناً، قد يراه المعقود له سيئاً، ولذا كان العقد صحيحاً موقوفاً[1]، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام[2]

---

(١) راجع الموضوع جميعه في البدائع جـ ٥ من ص ١٤٨ إلى ١٥٢ فله في هذا كلام بديع وتعليل جميل.

(٢) هو ابن أخي السيدة خديجة بنت خويلد زوج الرسول عليه السلام وكان يكنى أبا خالد وأسلم يوم الفتح وأسلم معه أولاده وهم هشام وخالد وعبد الله وكلهم قد صحب النبي، وكان حكيما معمراً يقول ابن قتيبة في كتابه المعارف ص ١٣٥ «عاش حكيم بن حزام في الجاهلية ستين سنة وفي الإسلام ستين سنة وكان من المؤلفة قلوبهم ثم حسن إسلامه ومات بالمدينة سنة ٥٤ هـ».

وأمره أن يشترى له أضحية فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة للرسول عليه السلام. فدعا له بالبركة وقال «بارك الله فى صفقة يمينك»، وما كان حكيم هذا بمأمور بالبيع فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له الرسول ولأنكر عليه فعله.

أثر الإجازة في بدء نفاذ العقد:

وإذا أجاز صاحب الشأن العقد فإن كان بيعاً أو إجارة أو عقداً من العقود التى لا تقبل التعليق على شرط كان نافذاً من تاريخ انعقاده لا من وقت الإجازة، لأنهم يقولون إن الإجازة تأخذ حكم إنشاء العقد، والإجازة اللاحقة كالإذن السابق ينقلب بها الفضولى وكيلا من وقت العقد وتسرى العقود التى تقبل التعليق على شرط كالطلاق والوكالة والكفالة والإجارة من وقت الإجازة لا من وقت العقد، لأنه معلق فى المعنى على حصول الإجازة من صاحب الشأن فيأخذ حكم المعلق على شرط صراحة، وينفذ من وقت تحقق الشرط المعلق عليه، وعلى أساس أن العقد بالإجازة ينفذ من وقت إنشاء العقد فإن نفقاته تلزم المجيز، وكذا النماء والزيادة له.

ولما كان الأصل فى المتعاقد أنه يتعاقد لنفسه فكان الأصل ينفذ العقد عليه هو ما دام ذلك ممكناً، إذ العقد الصحيح، الأصل فيه أن يترتب عليه حكمه وينفذ، ولهذا نجد الأحناف ومن معهم لا يعتبرونه موقوفاً على الإجارة من وقت إنشاء العقد، فإذا أمكن نفاذ العقد على من باشره ورفضه صاحب الشأن نفذ على الفضولى، كى لا يضار الطرف الآخر فى العقد.

ويمكن نفاذ العقد على الفضولى إذا كان مشترياً أو مستأجراً وأضاف عقد الشراء أو الإجارة إلى نفسه، وكان من أهل العهدة والالتزام اى بالغاً عاقلا، وقال اشتريت أو استأجرت كذا بمبلغ كذا فقال الآخر قبلت.

أما فى غير ذلك فإن العقد لا يمكن نفاذه على الفضولى بأن كان بائعاً أو مؤجراً لأن فى نفاذه ضررا بصاحب العين، أو كان مشترياً أو مستأجراً لكنه ليس

من أهل المهدة، أو كان قد أضاف العقد إلى من يتصرف من أجله. ففي كل هذا ينعقد العقد موقوفاً على الإجازة الصحيحة[١] فإن أجازه نفذ وإلا بطل العقد.

شروط صحة الإجازة:

أن تصدر الإجازة ممن كان يملك التصرف وقت العقد[٢] أو تصدر من نائبه في حياته لأن حق الإجازة لا يورث.

---

(١) ويقول صاحب البدائع جـ ٥ ص ١٤٩ «ولابد في هذه الإضافة التي يكون العقد موقوفاً من أجلها أن تكون في الإيجاب والقبول فيقول البائع بعت من أجل فلان بكذا ويقول الفضولي قبلت له. إذ الأصل كما قلنا أنه يعقد لنفسه، وضرورة إضافة العقد إلى الغير في الجانبين تقتضي الخروج عن الأصل وجعل العقد موقوفاً على إجازة من أضيف إليه، بخلاف الوكالة فإن العقد ينعقد نافذاً للموكل رأساً ولا يكون حكم العقد للوكيل رغم إضافته إلى نفسه لأنه قد أنابه مناب نفسه، فالإنابة صرفت العقد عن أصله وكان التعاقد للموكل.

(٢) لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال، وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيداً فينعقد، وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال، والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيداً وإن لم يحدث لم يكن مفيداً فلا ينعقد مع الشك، إذ أن الأصل ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك. راجع المصدر السابق.

فإذا باع الفضولي شيئاً مملوكا للبالغ العاقل الرشيد كان البيع موقوفاً فإن أجازه نفذ لأن إجازته صحيحة إذ أنه كان يملك إنشاء البيع بنفسه، أما إذا باع الفضولي شيئاً للصبي المميز بغبن فاحش فإن العقد يكون باطلا إذ لا يملك الصبي أو نائبه الإجازة. ولو باع الفضولي شيئاً لقاصر لم يؤذن له ووليه غائب غيبة بعيدة، ،وعند عودته كان الصبي قد بلغ رشيداً، فإن عقد الفضولي السابق لا يجد له مجيزاً، إذ وقت العقد كان القاصر لا يملك الإجازة وإن كان يملكها بعد ذلك. كما أن من كان له عليه ولاية لا يملك الإجازة الآن لزوال ولايته، وإن كان وقت العقد يملكها إلا أنه كان غائباً، ويقول صاحب البدائع جـ ٥ ص ١٥٠ «وإذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو عتق عبده أو وهب ماله بمحاباة، أو اشترى شيئاً بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله عادة وغير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه لا ينعقد حتى لو أجازه الصبي بعد البلوغ لا يصح لأن هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها، فلا تحتمل التوقف على الاجارة إلا إذا أجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء فيكون ذلك إنشاء لا إجازة. وكذا وصية الوصي لا تنعقد لأنها تصرف لا مجيز له حال وجوده الا ترى أنه لو فعل الولي لا يجوز عليه فلا يتوقف، سواء أطلق الوصية أو أضافها إلى حال البلوغ لما قلنا. حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته إلا إذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فيجوز لأن الإجازة بمنزلة إنشاء الوصية، ولو أنشأها بعد بلوغ لصحت وصيته».

ثانياً: أن تصدر الإجازة ممن يملكها على الوجه السابق فى حياة المتعاقد الآخر الذى تعاقد معه الفضولى كى يظهر نفاذ العقد فى حقه.

ثالثاً: أن تصدر الإجازة ومحل العقد قائم لأن الإجازة تنصب عليه[1].

رابعاً: أن تصدر الإجازة فى حياة الفضولى إن كانت حقوق العقد ترجع عليه، فإذا كان العقد من العقود التى لا تعود عليه الحقوق فيها بالإجازة كعقد الزواج والهبة وغيرهم مما يصير فيها الفضولى بالإجازة رسولا لا وكيلا، لا تتوقف الإجازة فيها على حياته، لأن المتعاقدين ليسا فى حاجة إليه إذ حكم العقد وحقوقه إنما يرجعان للمتعاقد نفسه لا للفضولى.

هل يملك الفضولى فسخ العقد قبل الإجازة:

إذا باشر فضولى عقداً يمكن نفاذه عليه شخصياً كان من حقه كما يرى الأحناف أن يفسخه مع البائع أو المؤجر قبل إجازته من صاحب الشأن وليس من حقه عند العلم الاعتراض لأن الفضولى هنا بالإجازة ينقلب وكيلا فترجع إليه حقوق العقد وبالفسخ يريد أن يتدارك الأمر ويمنع عن نفسه هذا الالتزام قبل حدوثه بالإجازة[2].

أما إذا كان ما باشر الفضولى عقداً لا ترجع إليه فيه الحقوق، فإن العقد ينعقد من الأصل موقوفاً على إجازة صاحب الشأن، ويعتبر الفضولى بالإجازة سفيراً ومعبراً عند إنشاء العقد والسفير ينتهى عمله بانتهاء العقد فلا يرجع إليه شىء

(١) فلو كان الفضولى عقد لآخر عقد زواج وقبل أن تصدر الإجازة من الزوج ماتت الزوجة فلا تصح الإجازة بعد ذلك لفوات المحل من جهة أن الزوجة محل فى العقد، ولصدور الإجازة بعد حياة الطرف الآخر صاحب الإيجاب وبهذا يكون العقد غير منعقد البتة ولا يترتب عليه أى حق للمعقود له فلا يرثها لأنها اجنبية عنه.

(٢) وفى البدائع جـ ٥ ص ١٥١ «ولو اختلفا فقال المشترى له كنت أمرتك بالشراء وقال المشترى اشتريته لك بغير أمرك فالقول للمشترى له لأن المشتري لما قال اشتريته لك كان إقراراً منه بأنه اشتراه بأمره لأن الشراء له لا يكون إلا بأمر عادة فكان القول قوله، ولكن لا يحل له ديانة إلا إذا كان قد أمره حقيقة».

من حقوقه، فلا يملك فسخه، وإذا فسخه ثم علم الأصيل وأجازه كان العقد صحيحاً ونافذاً. ولا عبرة بما صدر من الفضولي لأنه أصبح أجنبياً عن العقد، غير أنه يجب أن يلاحظ أن للعاقد الآخر حق الفسخ قبل الإجازة في هذه العقود التي لا تنفذ على الفضولي لأنه ما التزم بعبارته إلا على أساس إجازة الآخر.

حالات أحكام عقد الفضولي:

حكم عقده لا يخرج عن الآتي عند الفقهاء[1]:

١ ـ إما أن ينعقد صحيحاً نافذاً عليه إن وجد سبيلا إلى النفاذ عليه.

٢ ـ ينعقد موقوفاً ثم ينقلب نافذاً، إذا لم يكن نفاذه على الفضولي وكان للعقد مجيز وقت إنشائه وأجازه فعلا.

٣ ـ ينعقد موقوفاً ثم ينقلب باطلا إذا لم تتحقق الإجازة وكان لا يمكنه نفاذه على الفضولي.

٤ ـ ينعقد باطلا إذا لم يكن نفاذ على الفضولي نفسه ولم يكن له مجيز وقت إنشائه.

(١) أما القانون فقد تناول هذا الموضوع في المواد (١٨٨) إلى (١٩٧) وفيها جعل عقد الفضولي موقوفا على إجازة من عقد له وأنه تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي، وأنه يكفي في الفضولي ان يكون من أهل التمييز فلا يشترط أن يكون له أهلية أداء كاملة لمباشرة التصرف القانوني الذي تولاه رب العمل إلى غير ذلك وإنه إن قرب من وجهة نظر الأحناف في هذا إلا أن بينه وبين الفقه تفاوتاً ليس في الوقت والدرس سعة له. راجع الوسيط للأستاذ الكبير الدكتور السنهوري ص ١٢٢٨ وما بعدها. ويقول «أركان الفضالة أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر وهو الركن المادي، وأن يقصد من قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل وهو الركن المعنوي، وألا يكون إزاء هذا الشأن العاجل ملتزماً به ولا موكلا فيه ولا منهياً عنه وهو الركن القانوني».

المبحث الثاني

عيوب الارادة واثرها فى العقد

عيوب الارادة وحق الفسخ:

مـا يعيـب الإرادة ويؤثر على العـقد أنواع ترجع فـى جملتـهـا إلى الغلط، والغبن، والتغرير، والإكـراه، والإرادة مع هذه الأمور وإن كانت موجودة حقـيقة وفعـلا إلا أنها وجدت نتـيجة إكراه وتهـديد؛ أو إغراء وخديعـة، أو وصف محل العقد بما ليس فيـه تصور محل العقد وفهمه بغـير حقيقته. وعيـوب الإرادة باعتبار أثرها فى العقد تشبه الخيارات ويعـبر عنها القانونيون بعيوب[1]. وبذا نجد القانون فى جملته مع الفقه الإسلامى فى هذا، وسنبين هنا هذه الأمور بكل إيجاز.

أولا الغلط فى محل العقد:

نقصـد هنا بالغلط أن يتصـور العاقد مـحل العقد عـلى هيئة أو وصف غـير حقيقته التى هو بها، وقد يكون الغلط فى جنس المعقود عليه أو فى وصفه[2] دون خديعة أو تغرير من أحـد، والأول كمن يشترى خاتماً معروضاً أمامـه يعتقد أنه من الذهب، ثم يتبين أنه من النحـاس والثانى كأن يشترى بقرة من السـوق أمامه على أنها حلوب فإذا بها خالية من اللبن.

---

(١) جاء فى كـتاب العـقود المسمـاة جـ ٣ ص ٨٦ من شرح القـانون المدنى للدكتور مـحمـد كامل مرسى، وهناك عيوب مفسدة للرضا فتجعل العقد قابلا للإبطال، أى أن العاقد الذى يفسد رضاه بسبب أحد العيوب المفـسدة للرضا وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

(٢) ويعرفه الدكـتور السنهورى عندما تكلم عن المواد من ١٢٠ إلى ١٢٤ التى تـتعلق بهذا الموضوع فيقول فى الوسـيط ص ٢٨٩، هو حالة بالنفس تحمل على توهم غير الواقع والقـانون كما يفهم من المادة (١٢١) يقصد بالغلط الذى يقع فـيه المتعاقد ويؤثر على العقد مـا هو أعم منه في الفقه الإسلامى لأنه فى القانون يشمل الغلط الجوهرى فى صفة الشىء محل التعاقد أو الغلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الصفات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد.

فإذا تصور العاقد هذا فى نفسه دون أن يظهر عقيدته، كأن يذهب إلى تاجر الأقمشة فيرى قماشاً معروضاً أو يعاينه ويشترى منه من غير أن يسأل عن صنفه أو يشترى من القصاب مقداراً من لحم معروض أمامه من غير أن يسأل عن نوعه وهو يعتقد أن القماش من الحرير وأن اللحم من خروف ثم يظهر له بعد ذلك أنه غير ما كان يعتقد فالعقد صحيح ولا أثر مطلقاً لما كان يعتقده فى نفسه ما دام لم يغرر به أحد ولم يظهر هذه العقيدة للطرف الآخر، أما إذا نص صراحة وأظهر ما يعتقده فأشار مثلا إلى خاتم معروض وقال اشتريت هذا الخاتم الذهب بمبلغ كذا وقال الآخر قبلت، أو أشار للقصاب على ذبيحة معلقة وقال اشتريت من هذا الخروف بكذا فقال الآخر قبلت، ثم تبين أن الخاتم ليس من الذهب وإنما هو من النحاس وأن الذبيحة التى أشار إليها كانت شاة لا خروفاً فإن العقد يتأثر بهذا، ويكون هذا الغلط عيباً معتبراً فى العقد، غير أن الحكم يختلف بين ما إذا كان الغلط فى جنس المحل أو فى وصف من أوصافه.

فإذا كان الغلط فى الجنس، فإن العقد يكون باطلا، . لأن محل العقد الذى ذكر فى الصيغة غير موجود أصلا إذ فوات الجنس يعتبر فواتاً للمحل رأساً والعقود فى ذلك جميعها سواء.

أما إذا كان الغلط فى وصف اتصف به محل العقد، فإن العقد ينعقد صحيحاً لأن محله موجود غاية الأمر أن يكون غير ملزم له لفوات الوصف الذى هو بمثابة شرط، ومن حق من وقع الغلط فى جانبه أن يفسخ العقد. والقاعدة أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى لا بالمشار إليه. ويبطل العقد لانعدام المحل المسمى. وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجود المحل ويتخير لفوات الوصف(١)، والفسخ بسبب فوات الوصف لا يكون إلا فى العقود التى تقبل الفسخ بطبيعتها كالبيع والإجارة(٢).

(١) الهداية جـ ٣ ص ٣٧ ـ ٣٨ فى البيع الفاسد، والزيلعى جـ ٤ ص ٥٣ وغيرهما من كتب الفقه عند كلامهم عن البيع الفاسد، مرآة الأصول ص ٣٥٨، التوضيح والتلويح جـ ٣ ص ٢٢٤.

(٢) أما العقود التى لا تقبل الفسخ بطبيعتها كالزواج فلا تتأثر بفوات الوصف، جاء فى الجوهرة على القدورى جـ ٢ ص ٧٩ «وإذا كان بالمرأة عيب فلا خيار لزوجها وعند الشافعى يثبت الخيار بالعيوب الخمسة الجنون والجذام والبرص والقرن. وإذا تزوج بها على أنها بكر شابة جميلة فوجدها غير ذلك فلا خيار له» وكذا فى المبسوط وسيأتى تفصيل ذلك.

ثانيا: الغبن والتغرير وأثرهما في العقد:

والمعنى الفقهى الذى نعنيه بالغبن أن تكون الموازنة بين العوضين غير عادلة إذ أحد العوضين قوبل عند التعاقد بأقل من قيمته بين الناس أو أكثر، فإذا كان الفرق يسيراً وهو ما يدخل فى تقويم المقومين وتقديرهم اعتبر غبناً يسيراً ؟ وإلا فإذا كان لم يدخل فى تقديرهم وتقويمهم فهو غبن فاحش(١)، وعلى هذا فإذا اشتريت ما قيمته بمائة وخمسة مثلا، فيكون غبناً يسيراً، وإن اشتريته بخمسة وتسعين فغبن البائع يسير(٢).

نقصد بالتغرير إغراء العاقد وخديعته ليأخذ المعقود عليه على أنه فرصة وقد لا تعوض، بينما هو أمر عادى. كأن تقدم على شراء شىء نتيجة تأثير إعلانات أو إغراء العاقد الآخر، أو وسيط «سمسار». أو أن تندفع فى شراء شىء تجد غيرك يزيد فى ثمنه أو يمتدح فيه، ثم تجد المعقود عليه أمراً عادياً، أو أنك غبنت فيه نتيجة لهذا الإغراء والخديعة والمزاد الصورى.

حكم العقد مع كل منهما:

أما التغرير بمفرده فلا أثر له فى العقد مطلقاً ما دام المعقود عليه قوبل بقيمته أو بغبن يسير، وكذا الغبن بمفرده إن كان يسيراً فلا أثر له فى العقد باتفاق الفقهاء لأنه مما لا يخلو التعامل منه مطلقاً(٣).

---

(١) وفى تحديد الغبن اليسير والغبن الفاحش أقوال كثيرة غير ما ذكرناه، منها أن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش ما عداه، ومنها أن اليسير ما يزيد على خمس الثمن والفاحش ما زاد على ذلك إلى غير ذلك. والأول وهو الأصح وعليه الفتوى فارجع إلى البدائع جـ ٦ ص ٣٠.

(٢) هذا وقد جاء القانون المصرى الجديد فى باب الالتزامات بمبدأ يجيز إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات الناشئة عنه إذا تبين أن الغبن نتيجة استغلال أحد المتعاقدين طيشاً بينا أو هوى جامحاً فى المتعاقد الآخر، ولكن قد حددت الفقرة الثانية من المادة (١٢٩) أنه يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.

(٣) غير أن فقهاء الأحناف استثنوا حالة جعلوا للتغرير أو الغبن اليسير تأثيراً على العقد فيها، وهى ما إذا باع المدين بدين مستغرق شيئاً من ماله بغبن ولو يسيرا، وكان محجوراً عليه أو مريضاً مرض موت فإن للدائنين حق فسخ العقد فوراً، أو بعد وفاة المريض إلا إذا رفع الغبن ودفعت القيمة كاملة.

ولا أثر للغبن الفاحش على الراجح عند الأحناف[١] لأن غبنه ناشىء من تقصيره فى حق نفسه وتركه الاحتياط. ومع هذا فقد استثنوا بعض العقود[٢]، وهناك من الفقهاء من جعل للمغبون غبناً فاحشاً حق الفسخ إذا كان الغبن حدث من غير أن يعلم به وإلا فإذا كان برغبته فلا، وإلى هذا اتجه الإمام أحمد.

أما إذا كان الغبن الفاحش نتيجة إغراء من العاقد الآخر أو من وسيط «سمسار» مثلا فإن للمغبون على الراجح عند الأحناف حق الفسخ لأن الغبن جاء نتيجة تغرير وخديعة[٣]، وبذا نستطيع أن نقول إن الغبن أو التغرير كلاهما لا يعتبر بمفرده عيباً من عيوب الإرادة فلا يترتب على أحدهما حق فسخ العقد على أساس

---

(١) غير أن الأحناف يجعلون العقد غير لازم بالنسبة لمن غبن غبناً فاحشاً فى بعض العقود ولو لم يكن نتيجة تغرير؛ أما التدليس فعند الشافعى وأحمد ومالك أنه إما أن يكون التدليس بكتمان عيب فى محل العقد وإخفائه عن العاقد الآخر فيكون للمغرور فى هذه الحالة خيار العيب، وإما أن يكون بفعل شىء يزيد فى قيمة المبيع فيكون له حق خيار الفسخ للغرر ولا يثبت للمغرور الفسخ فى غير هذه الحالات. راجع نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٦٩ كشاف القناع جـ ٢ ص ٥١.

(٢) إذا كان العقد ورد فى أموال المحجور عليهم أو الأوقاف أو بيت مال المسلمين لأن التصرف فيها مصدره من له ولاية التصرف فيها، وإن تصرفه هذا سيعود على غيره بالضرر لأن العاقد فى هذه العقود قد تعلق بعقده حق الغير. وفى المدين بدين مستغرق مريضاً كان أم لا، فإن الدائنين قد تعلق حقهم بمالية التركة والديون قد استغرقتها، فأى تصرف غابن ومجحف بحقوقهم كان من حقهم أن يفسخوه، وأما العقود التى يجريها ناظر الوقف بصفته أو العامل على بيت مال المسلمين كذلك فلأنه إنما يتصرف نيابة عن غيره ممن يمثلهم وتصرفه منوط بالمصلحة فقط، ففى هذه العقود يتأثر العقد بالغبن الفاحش بمفرده باتفاق الفقهاء ويكون العقد معه فاسداً على الرأى الصحيح.

(٣) وفى هذا يقول الزيلعى جـ ٤ ص ٧٩ «وقد قالوا فى المغبون غبناً فاحشاً له أن يرده على بائعه بحكم الغبن، وقال أبو على النسفى فيه روايتان عن أصحابنا، ويفتى برواية الرد رفقاً بالناس. وكان صدر الإسلام أبو اليسر يفتى بأن البائع إن قال للمشترى قيمة متاعى كذا أو قال متاعى يساوى كذا فاشتراه بناء على ذلك وظهر خلافه له الرد بحكم أنه غره وإن لم يقل ذلك فليس له الرد، وقال بعضهم: لا يرد به كيفما كان والصحيح أن يفتى بالرد إن غره وإلا فلا». ونجد مثل هذا فى الأشباه والنظائر ولابن نجيم جـ ٢ ص ١٥٩ وتعليق الحموى عليه نفس الصفحة.

ظاهر الرواية مع ملاحظة ما تقدم. ولكن إذا اجتمعا معاً فى عقد واحد كان أحدهما مرتبطاً بالآخر، أى نتج على التغرير غبن فاحش، فهما يكونان عيباً فى الإرادة والرضاء بالعقد بما يؤثر فى لزوم العقد ويرتب لمن فى جانبه هذا الغبن التدليسى أو التغرير الغابن خيار فسخ العقد أو إجازته، ومع هذا فقد جاء فى ظاهر الرواية فى الفقه الحنفى ما يفيد أن الغبن الفاحش حتى وإن نتج عن تغرير فإنه لا يؤثر على عقد المعاوضة إذ يجب أن يبقى لهذه العقود ما تقتضيه طبيعتها من اللزوم، فوق أن العاقد كان يجب أن يتنبه إلى ما هو مقدم عليه إلا فيتحمل نتيجة إهماله وعدم تأنيه واستيثاقه.

وهذا العيب المزدوج «التغرير الغابن» إذا دخل فى عقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة فإنه على الراجح يخرجها عن طبيعتها ويجعل العقد غير لازم له(١)، أما إذا كان فى عقد الزواج فإنه لا أثر له لأن عقد الزواج لا يقبل الفسخ، وفوق ذلك فليس فى الزواج معاوضات مالية لأن المهر ليس من أركان الزواج وإنما هو حكم ألحقه الشارع به وقد سبق الكلام عن ذلك.

كذلك فإن التغرير لا يؤثر فى وقوع الطلاق، فلو غررت امرأة بشخص ليتزوج بها إذا طلق امرأته فطلقها ورفضت من غررت به الزواج منه فإن الطلاق واقع لا محالة.

---

(١) وقد تناول القانون الكلام عن هذا الموضوع تحت عنوان التدليس فى المادتين ١٢٥، ١٢٦، وقد تكلم الدكتور السنهورى فى الوسيط ص ٣١٨ عن علاقة التدليس بالغلط وتنص المادة ١٢٥:

١ ـ يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد.

٢ ـ ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة. أما المادة (١٢٦) فإنها تقرر أنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس».

والتدليس فى نظر القانونيين هو استعمال أحد الطرفين مع الآخر أموراً يغش بها فيقبل العقد. راجع أيضاً شرح القانون المدنى «القديم» للمرحوم فتحى زغلول ص ١٣٢ وراجع جـ ٦ ص ٩١ «العقود المسماة» شرح القانون المدنى الجديد للدكتور محمد كامل مرسى.

ثالثاً: الإكراه:

الإكراه هو إجبار الشخص على أن يأتي أمراً قولاً كان أو فعلاً من غير أن يكون له فيه رغبة ولا يلزمه شرعاً(١).

والشخص لا يعتبر مكرهاً إلا إذا كان من يكرهه قادراً على تنفيذ ما هدد به. وأن يغلب على ظن من وقع عليه الإكراه أن المكره جاد فيما يهدد به، وأن الإيذاء واقع عليه لا محالة إذا لم يذعن لإرادته وينفذ ما أمره به مما لا يرغب فى فعله ولا يجب عليه عمله. ويرى الإمام أبو حنيفة أن الذى له القدرة على الإلزام والإكراه بطريق الجبر والتهديد هو السلطان لا غير إذ هو وحده الذى يملك تنفيذ ما توعد وهدد من غير أن يمنعه أحد، ويرى الصاحبان أن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره، لأن الأساس فيه أن يقع الشخص تحت تهديد الغير وبطشه، وأن يغلب على ظنه جديته وقدرته على فعل ما توعد به.

وقيل أن سبب الخلاف بين الإمام وصاحبيه أن زمن الإمام لم يكن لغير السلطان قدرة على الإكراه، ثم تغير الحال فى زمانهما(٢).

---

(١) وفى شرح المنار ص ١٩٢ «الإكراه هو حمل الإنسان على ما يكره ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه بالوعيد» وفى كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٥٠٢ «الإكراه حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به فائت الرضا بالمباشرة» ويقول صاحب الاختيار جـ ٣ ص ٢٧٥ «وهو الإلزام والإجبار على ما يكرهه الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم عليه مع عدم الرضا ليدفع عنه ما هو أضر منه» وقال صاحب المبسوط جـ ٢٤ ص ٣٨ «إن بعض الفقهاء شبه عقد المكره بعقد الهازل من ناحية عدم توافر الرضا بالحكم فيهما مع وجود القصد والاختيار، وبعضهم يشبهه بالعقد الذى دخل عليه خيار الشرط، فإن رضاء العاقد بالحكم ينعدم مع وجود خيار الشرط، وإن كان العقد نفسه موجوداً»، وراجع البدائع جـ ٧ ص ١٧٥، جـ ٣ ص ٣٢٢، والدرر شرح الغرر جـ ٢ ص ٢٦٩، والزيلعى جـ ٥ ص ١٨٢، مرآة الأصول ص ٢٥٩، التوضيح جـ ٣ ص ٢٢٦.

(٢) وفى الهداية والكنز: أن الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطاناً كان أو لصاً. وما قاله الإمام إنما هو ناشئ عن اختلاف الزمن.

الإكراه الملجئ وغير الملجئ:

وعلى كل فالإكراه إذا كان بالتهديد بالقتل أو ببتر أحد الأعضاء، أو بالضرب الذى يخاف فيه تلف النفس أو العضو فهو إكراه تام، ويسمى بالإكراه الملجئ. وهو معدم للرضا ويفسد معه الاختيار. أما إذا كان التهديد بالحبس أو القيد أو الضرب الذى لا يفضى إلى التلف فهو إكراه ناقص، أو غير ملجئ وهو معدم الرضا أيضاً، غير أن الاختيار لا يفسد به، لأن المكره يستطيع تحمل الأذى المهدد به، وإن كانت طبائع الناس تختلف فى ذلك كما يقول الفقهاء وعلماء الأصول[1].

غير أن أمهات كتب الأصول قسمت الإكراه إلى ثلاثة أنواع: نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار[2] وهو الملجئ، نحو التهديد بما يخاف به على نفسه أو عضو منه لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار نحو الإكراه بالقيد أو الحبس مدة مديدة، أو بالضرب الذى لا يخاف به التلف على نفسه، وإنما لم يفسد به الاختيار لعدم الاضطرار إلى مباشرة ما أكرهه عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به، ونوع آخر لا يعدم الرضا فلا يفسد به الاختيار ضرورة كأن يهدده بحبس أبيه أو ولده أو زوجته أو أمه أو أخته أو أخيه وكل ذى رحم محرم منه، غير أنه من الملاحظ أن هذا النوع لا تترتب عليه أحكام الإكراه، ولذا

(١) يقول صاحب مرآة الأصول «والإكراه نوعان ما يعدم الرضا ويفيد الاختيار» بأن يكون الإكراه بإتلاف النفس أو العضو وهو الملجئ أى الموجب لإلجاء الفاعل واضطراره إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو العضو. والثانى ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار بأن يكون الإكراه بحبسه أو قيده أو ضربه أو نحوهما مما يوجب غماً يعدم الرضا، وهذا يختلف باختلاف الناس، فالأراذل ربما لا يغتمون بالضرب أو الحبس، فالضرب اللين لا يكون إكراهاً فى حقهم بل الضرب المبرح، وكذا الحبس إلا أن يكون مديداً يتضجر منه، والأشراف يغتمون بكلام فيه خشونة فمثل هذا يكون إكراها لهم.. وهو بقسميه لا ينافى الأهلية.

(٢) الاختيار هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل فى قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر، والصحيح منه أن يكون الفاعل فى قصده مستبداً، والفاسد منه أن يكون الاختيار مبنياً على اختيار الآخر فإذا اضطر إلى مباشرة أمر بالإكراه كان قصده بالمباشرة دفع الإكراه حقيقة فيصير الاختيار فاسداً وإن لم ينعدم أصلا. راجع كشف الأسرار جـ ٤ ص ٥٠٣.

لم يذكره بعض الأصوليين والفقهاء، فلو قال شخص لآخر إما أن تتعاقد معى على بيع كذا بكذا أو أحبس ابنك أو أباك فى السجن، فباعه إياه لزمه قياساً، لأنه لم يهدده بشىء فى نفسه، وفى الاستحسان - كما يرى صاحب كشف الأسرار - اعتبر ذلك التهديد إكراهاً فلا ينفذ التصرف لأنه يلحق به من الهم والأذى ما يجعله يتهاون ويقبل التعاقد. هذا وينبغى أن يكون للإكراه الأدبى اعتبار أيضاً.

حكم العقد مع الاكراه:

الإكراه لا يؤثر على أهلية الأداء وإن كان يعدم الرضا. أما الاختيار الذى هو القصد إلى الفعل[1] فهو الذى يفسد مع الإكراه الملجئ ويبقى سليما مع الإكراه الناقص. أما النوع الذى أشارت إليه أمهات كتب الأصول فهو لا يؤثر على الرضا ولا الاختيار قياساً لا استحساناً.

والأحناف الذى يفرقون بين الاختيار والرضا يعتبرون مجرد القصد إلى عقود النكاح والرجعة والطلاق موجداً لها مظهراً لحكمها، وأن الإكراه بنوعه لا يؤثر فيها لتحقق اختياره لأخف الضررين. أما فيما عداها فهم مع غيرهم فى أن العقد مع الإكراه غير صحيح مع ملاحظة أن غير الصحيح عند الأحناف يشمل الفاسد والباطل، وعقد المكره عندهم يكون فاسداً، وعلى هذا يكون للمكره عند إزالة الإكراه حق فسخ العقد أو إمضائه عندهم، وعند غيرهم لا يوجد عقد إذ لا فرق بين الفاسد والباطل.

أثر التفرقة بين الملجئ وغيره تظهر فى الأفعال دون العقود:

والتفرقة بين الإكراه الملجئ وغيره فى الواقع لم أجد لها أثراً فعليا فى العقود، وإنما هى تفرقة نظرية محضة بالنسبة لها لأن الفقهاء لم يفرقوا بين حالات الإكراه عند كلامهم على عقد المكره، وإن كان لهذه التفرقة أثر فى التصرفات الفعلية التى يكون عليها الشخص كالإكراه على القتل، أو على شرب الخمر، أو

(١) يقول الأصوليون من الأحناف «إنه القصد إلى أحد طرفى الممكن بترجيحه على الآخر».

الإشراك بالله، أو إتلاف مال الغير أو سرقته، أو الزنا أو غير ذلك مما جاء تفصيلا فى كتب الأصول، وليس هذا موضع دراستنا فى العقود[1]. وإن كان مقتضى هذا التقسيم، وكون الإكراه الملجئ يفسد الاختيار أيضاً كلاهما يقضى بأن العقود الخمسة التى قالوا إن الهزل فيها يأخذ حكم الجد بنص الحديث لا تنعقد مع الإكراه الملجئ، لانعدام الاختيار والرضا معاً تبعاً لقواعد الأحناف. هذا ما أفهم أن قواعدهم فى الرضا والاختيار يجب أن تتجه مع تقسيمهم للإكراه إلى ملجئ يفقد الرضا ويفسد الاختيار وغير ملجئ، وقولهم فى تعليل العقود الخمسة إن وجود الاختيار فيها يغنى عن الرضا.. فأين الاختيار فى الإلزام الملجئ مع قولهم بأنه معدم الرضا والاختيار معاً.

(١) وقد تناول القانون الإكراه فى المادتين ١٢٧، ١٢٨ ويعرف الدكتور السنهورى فى الوسيط ص ٣٣٤ الإكراه أنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذى يفسد الرضا ليست هى الوسائل المادية التى تستعمل فى الإكراه بل هى الرهبة التى تقع فى نفس المتعاقد، ويرى أن الإكراه وإن كان يفسد الرضا فإنه لا يعدمه لأن إرادة المكره موجودة إذ اختار أهون الضررين وإنما يعدم الإكراه الرضا إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم فى يده بالتوقيع على الالتزام ففى هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضا.

وراجع أيضاً فى هذا شرح القانون المدنى للدكتور محمد كامل مرسى (العقود المسماة) جـ ٦ ص ٩٥ فينقل لنا ما يفيد أن محكمة النقض فى ١٩٥١/٢/٨ قررت ان الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع فى النفس أو المال، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها. ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً... إلخ.

الفصل السادس

الشروط المقترنة بالعقد

يحتوى هذا الفصل على ثلاثة مباحث: سلطة العاقد فى إنشاء الشروط. والخيارات التى تشترط فى العقود اللازمة، والتحفظات التى تراعى دون اشتراط.

المبحث الأول

سلطة العاقد فى إنشاء الشروط

الشرط المقترن بالعقد:

ونعنى بالشرط هنا، التزام العاقد فى عقده أمراً زائداً على أصل العقد(١) سواء أكان يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكداً له أم كان مخالفاً له، وسواء أكان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط أم كان اشتراطا لصالح الغير(٢) أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقاً.

---

(١) والشرط يعرف فى اللغة بعدة معان. منها إلزام الشىء والتزامه فى البيع ونحوه، وله عند الشرعيين معنى آخر وهو الأمر الزائد عن ماهية الشىء وحقيقته الشرعية الذى يتوقف وجود الشىء على وجوده ويعدم بعدمه، وراجع لنا فى الشرط والفرق بينه وبين الركن والسبب وأقسام الشرط من ناحية مصدره ومن ناحية ما يشترط فيه إلى غير ذلك. كتابنا مباحث الحكم عند الأصوليين. وراجع لسان العرب فى مادة شرط والتوضيح على التنقيح لعبد الله بن مسعود جـ ٢ ص ١٤٥، وحاشية ابن عابدين جـ ١ ص ٢٨١. والشرط فى نظر القانون قد أشرنا إليه من قبل، وراجع السنهورى فى الوسيط جـ ٣ من ص ٢٦ ـ ٧٢.

(٢) الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر شرطاً فاسداً عند الأحناف بمعنى أنه يفسد العقد نفسه ما دام عقد معاوضة مالية. وفى حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٦٧ «فلو شرط نفعاً لأجنبى عنهما لا يفسد العقد ويبطل الشرط لما فى الفتح عن الواجبة بعتك الدار بألف على أن يقرضنى فلان كذا فقبل المشترى صح العقد وبطل الشرط لأنه لا يلزم الأجنبى ولا خيار للبائع غير أننا نلاحظ أن التمثيل هنا يختلف عن أصل المسألة لأن المثال فيه شرط ضار بالغير والأصل شرط نافع للغير «الأجنبى» ثم يقول: فى البحر عن الملتقى قال محمد كل ما يشترط على البائع. فإذا شرط على أجنبى كان يشترط على أن يحط عنه فلان الأجنبى كذا جاز العقد وهو بالخيار إما أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك». والمذهب الشافعى كما فى نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٥٨ «إذا قال بعتك هذا العبد مثلا بألف دينار على أن تبيعنى أو فلان كذا بكذا أو تشترى منى أو يشترى فلان كذا بكذا =

فالاقتران بالشرط هو تقديم الصيغة المنشئة للعقد بشرط يظهر أثره في احكامها فقط كأن يدخل على العقد شرط ينتج مصلحة لأحد العاقدين أو لغيرهما. كأن تقول بعتك هذه الدار على أن أسكنها أو يسكنها فلان شهراً، أو قبلت زواجك على أن أبقى في بلدتي أو على أن لا تتزوج بأخرى، أو يقول شخص لآخر اشتريت منك دارك هذه بألف جنيه أدفعها بعد سنة فيقبل بشرط أن تحضر له كفيلا وهكذا، أو أن يشترط بائع العقار على المشتري وقف العقار لجعله مسجداً، أو أن يملك شخص مالا لغيره بطريق من طرق التمليك ويشترط عليه التصدق به أو أنه يقضي به دين فلان أو يصل به رحمه[1].

= فيبطل للشرط الفاسد. وفي الروض النضير وشرحه «وإن اشترى زرعاً أو ثوباً مثلا بعشرة بشرط حصده وخياطته له بدرهم لم يصح الشراء سواء شرط العمل على البائع أم على اجنبي» ولذا فإن الاشتراط لمصلحة الغير قد أقفل بابه في الفقه الحنفي والشافعي، أما في المذهب الحنبلي فقالوا إنه يصح أن يبيعه دارا على أن يتخذها مسجداً أو يقفها على كذا أو يملكه مالا على أن يتصدق به على الفقراء أو يهبه لفلان أو يصل به رحمه أو يؤدي دين فلان، ويكون العقد صحيحاً، والشرط لازماً (ابن تيمية جـ ٣ ص ٣٤٧) أما في القانون فراجع للأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور بحثه القيم المنشور بمجلة القانون والاقتصاد العددان (١ ، ٢) من السنة الثالثة والعشرين في الموضوع، ومثل له بأن يشترط أحد المتعاقدين في عقد رسمي على الآخر ان يهب مالا إلى شخص ثالث فيتعهد الثاني بالتنفيذ أو يشترط البائع على المشتري الا يطرد مستأجراً من العين المبيعة عند نهاية العام الزراعي. أو محام يتفق مع آخر على أن يقوم مقامه في الدفاع عن متهم معين. فهل يكتسب الغير في جميع هذه العقود حقاً قبل المتعهد؟ وهل يكتسب حقه من العقد الذي لم يشترك في إبرامه. فيبين في القسم الأول النظرية القديمة في الاشتراط لمصلحة الغير التي تستند إلى قاعدة رومانية تقضي بعدم الجواز، ثم بين النظرية الحديثة في الاشتراط، القائمة على فكرة أنه ليس هناك في المنطق القانوني ما يمنع من جواز الاشتراط لمصلحة الغير، وأن القاعدة الرومانية القديمة اقتضتها الأوضاع الشكلية التي قام عليها القانون الروماني، ثم أسند الاشتراط في القانون المصري الجديد للمواد من ١٥٣ ـ ١٥٦ وهي تفيد في مجموعها أن المشروع المصري قصد اتباع المذهب القاضي بالجواز كقاعدة عامة. وخلص من كل هذا إلى أن الاشتراك لمصلحة الغير لا يخرج عن القواعد التقليدية إلا من ناحية تقرير حق مباشر للمنتفع في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه؛ ورأى أن التفرقة بين العقود الشخصية وعقود الغير هي مجرد تفرقة فقهية وأن الاشتراط لمصلحة الغير ما يزال في التشريع المصري استثناء على القواعد الطبيعية في العقد.

(١) راجع فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٣٤٧ وهذه الأمثلة كلها تفيد الاشتراط لمصلحة الغير وقد اجازها واعتبرها شروطاً صحيحة ملزمة.

وقد لا ينتج الشرط مصلحة لأحد مطلقاً لا من العاقدين ولا أجنبى عنهما كأن تبيع لآخر كتاباً على شرط الا يقرأ فيه أو داراً على أن لا يسكنها إلى غير ذلك من الشروط التى هى أقرب إلى العبث منها إلى الجد والتى يرى الفقهاء أنها شروط باطلة ولا أثر لها فى العقد.

والشرط يقترن بالعقد فى كل الأحوال سواء أكان العقد منجزاً أم مضافاً أم معلقاً، وسواء أكان مؤبداً أم مؤقتاً. كأن تقول جعلت أرضى هذه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين بشرط أن تقضى حوائج فقراء قرابة الواقف أولا، أو أن يقول شخص إن مت فقد جعلت لك زراعة حقلى هذا سنة على أن لا تغرس به شجراً أوتقيم فيه بناء أو غير ذلك.

والفرق بين التعليق على الشرط والاقتران بالشرط واضح، إذ الأول يتوقف فيه وجود العقد على وجود الشرط المعلق عليه، أما الثانى فالعقد غير متوقف على شئ لكن اتصل به شرط أضافه العاقد لأنه يحقق مصلحة له أو لغيره، ويمكن القول بأن التعليق ترتيب أمر لم يوجد بأداة من أدوات الشرط، أما العقد المقترن بالشرط فهو التزام أمر لم يوجد فى أمر وجد بصيغته.

والشرط المقترن بالعقد إذا كان اشتراطه قبل العقد ثم أجريا العقد من غير نص عليه ولا إشارة فالمشهور عن الشافعى ورأى لأبى حنيفة أنه لا تأثير له على العقد ويكون الشرط السابق مجرد وعد غير لازم قضاء، وذهب مالك وأحمد إلى أن هذا الشرط السابق مثله مثل الشرط المقارن. غير أنه روى عن أحمد أن الشرط السابق إذا كان رافعاً لمقصود العقد أبطله، وعند الظاهرية أنه لا أثر له مادام لم يذكر فى العقد سواء أكان قبله أم بعده والعقد صحيح، وإن ذكر فى العقد فهو لازم والبيع صحيح مادام الشرط قد ورد به نص(١).

(١) راجع المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤١٢ «وكل شرط وقع فى بيع منهما أو من احدهما برضى الآخر فإنهما إن عقداه قبل عقد البيع أو بعد تمام البيع ولم يذكراه فى حين العقد فالبيع صحيح تام والشرط باطل لا يلزم. فإذا ذكر ذلك الشرط فى حال عقد البيع فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل أى شرط كان لا تحاش شيئاً إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والبيع صحيح إن اشترطت فيه» وسنذكر هذه الشروط السبعة بعد مع بيان دليلها.

وقد يثبت الشرط دون حاجة إلى النص عليه عند التعاقد، كاشتراط سلامة العين المبيعة من العيب ما دام لم تشترط البراءة من العيب، وهناك تحفظات تثبت كما يرى بعض الفقهاء حتى مع النص على إسقاط الحق فيها، وهو أن يكون للمشتري حق الخيار عند رؤية السلعة فيفسخ العقد أو يمضيه عندها، كما سنبينه بعد.

وهذا النوع من الشروط مصدره الشارع بينما الشروط الأخرى مصدرها العاقد نفسه.

مدى حرية العاقد في الاشتراط:

لبيان ما للعاقد من سلطان فى العقد، ومدى حريته فى إلحاقه بشروط تغير من طبيعة حكمه أوتحد من أثره، وفى إحداث تحفظات يمليها فى العقد لا يتم رضاؤه من غيرها، يجب أولا أن نبين مركز المتعاقد فى العقد. وهل هو الذى يحدد أثر العقد ويوجد حكمه المترتب عليه؟ أى أن أثر العقد وحكمه نتيجة طبيعية مترتبة على العقد، وبذا يستطيع المتعاقد أن يتحكم فى الأثر المترتب على العقد ويشكله حسب رغبته التى تظهر فى الشروط والتحفظات التى يدخلها فى العقد كى يتحقق فى نفسه الرضاء بالعقد، ومن الطبيعى أن الرغبات مختلفة ومتفاوتة تتجدد بتجدد الزمن، وتتشكل بمقتضيات الحياة وتغير الأحداث. أم أن الأحكام رتبها الشارع على العقود فلا يملك المتعاقد التغيير من طبيعتها؟

الفقهاء يرون أن العقود أسباب جعلية شرعية للأحكام[1]، بمعنى أن العاقد بإرادته يكوّن العقد، أما الحكم المتعلق به كنقل ملكية المبيع من حيز إلى حيز فهو من جعل الشارع وترتيبه، وليس نتيجة حتمية لإرادة المتعاقدين وحدها على

---

(١) أما القانون فالمادة ١٤٧ على أن العقد شريعة المتعاقدين فلهما أن يزيدا من الشروط ما يريدان وأن يتحكما فى الأثر المترتب على العقد فيخضعانه لرغباتهما. وذلك لأن المتعاقد بإرادته الحرة هو الذى يوجد العقد ويوجد أثره فله أن يتحكم تبعاً لذلك فيما ينتج عنها من أحكام فى حدود النظام العام والآداب وإلا كان باطلا المادة ١٣٥.

التفصيل السابق، إذ الإنسـان قد يرتب أمراً لا يشك فى ترتب أثره عليه لكن الأثر رغم ذلك يتخلف(١).

فالله تعالى جعل العقد سبباً للحكم وطريقاً يصل بسالكه إلى ما رتبه الشارع على سلوكه من نتـائج والتزامات، ومع هذا فالربط بين السـبب والمسبب تم بصنع الله وإرادته، وإنما كـان حكم العقـد من عند الله كى لا يبغى الناس بعـضهم على بعض نتـيـجـة رغـبـاتهم المخـتلفـة التى قـد تؤدى إلـى الغبن والغـرر أو التنازع والضغينة(٢).

موقف الفقهاء من حرية التعاقد في الشروط:

لما كـانت الأحكام من الشارع وترتيـبه على مـا بينا وضع الشارع حـدوداً لما يشتـرطه الناس فى عقودهم إن التزمـوها كانت العقود صـحيحة والشـروط ملزمة باتفاق الفقهـاء، وإذا تجاوزوها كانت لاغية بل وقد تؤثر على العقد نفـسه فتبطله، والفقهاء متفقون على أن هناك ما هو جائز ويصح اشتراطه فى العقد والالتزام به، ومنها مالم يبحه الشرع فلا يجوز ولا يصح الالتزام به، واخـتلفوا فيما يعتبر شرطاً صحيحاً أو غير صحيح تبعـا لتفاوتهم فى فهم الحدود التى وضعها الشارع وهم فى هذا بين اتجاهين: فريق مضيق فى الشروط جاعل الأصل فيها الحظر والتحريم فلا يباح منها إلا مـا قام الدليل من الشارع على صحـته وهؤلاء هم الظاهرية، ويجنح نحوهم الأحناف والشافعية والمالكية وجمهور الحنابلة بهذا الترتيب، وهم مختلفون

(١) وقد حدث أن حشد الناس قديماً الوقود من كل مكان ليـشعلوا النار فى إبراهيم والقوه فيها بعد أن ارتفع لهيبهـا ليحترق، والنار من شأنها ان تحرق، لكنهـا، كانت برداً وسلاماً على إبراهيم قال الله تعالى: ﴿قالوا حرقـوه وانصروا آلهتكم إن كنتم فاعلين* قلنا يا نار كونى برداً وسلاماً على إبراهيم﴾. كما فى كتب التفسير ومنها تفسير أبو السعود جـ ٣ ص ٣٤٧.
وقد يجد الطالب ويأخذ بكل أسـباب النجاح مما لا يجعل مجالا للشك فى نجـاحه وتفوقه ثم تكون النتيجة عكس ذلك.

(٢) راجع فتاوى ابن تيمية، كشف الأسرار للبزدوى جـ ٢ ص ٣٥٨، الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ١٣١.

فى هذا تبعاً لاختلاف نظرهم فى الأدلة الشرعية وما يصح منها معتمداً لمشروعية الشرط وما لا يصح، وتبعاً لنظرته للشرط نفسه من ناحية موافقته لمقتضى العقد وعدم موافقته. وفريق آخر من فقهاء الحنابلة يرى عكس ذلك وأن الأصل فى الشروط الإباحة والجواز، لا يمنع منها ولا يحرم إلا ما نهى عنه الشارع. وعلى رأس هذا الفريق ابن تيمية وابن القيم وقالا إنه رواية عن أحمد بن حنبل، ورجح هذا الاتجاه بعض فقهاء الشيعة الجعفرية(١). وبذا نجد الفقه الإسلامى فى الشروط العقدية - أو بالاصطلاح القانونى بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة فى آثار العقد - بين مدرستين: مدرسة لا تبيح إلا ما ورد به نص ويتزعمها الظاهرية، ومدرسة تبيح كل شرط لم يرد نص بتحريمه ويتزعمها ابن تيمية وابن القيم، وسنقدم لك رأى كل فريق من المدرستين.

موقف الظاهرية من الشروط:

الظاهرية قوم لا يعترفون بالقياس ويقفون عند ظواهر النص كما بينا.وقالوا إن كل شرط وقع بين المتعاقدين باتفاقهما كان باطلا وأبطل العقد نفسه أى شرط كان(٢) إلا سبعة شروط(٣) متمسكين فى ذلك بما روى فى صحيح مسلم عن عائشة أن الرسول عليه السلام قال: «أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة

(١) راجع فى فقه الشيعة مفاتيح الأصول للطباطبائى.

(٢) راجع المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤١٣ حيث يقول: «فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكر كان كل عقد من بيع أو غيره عقد على شرط باطل باطلا ولابد؛ لأنه عقد على أنه لا يصلح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له...».

(٣) وهى كما فى المحلى جـ ٧ ص ٤١٢ المسألة ١٤٤٥ «١ - اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل غير مسمى. ٢ - اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى إن كان دراهم أو دنانير. ٣ - اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلها. ٤ - اشتراط صفة فى البيع يتراضيان عليها ويتم البيع على أساس تلك الصفة. ٥ - اشتراط أن لاخلابة. ٦ - بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده. ٧ - اشتراط المشترى مال العبد أو الأمة سواء أكان كله أو بعضه معلوماً أو مجهولاً مسمى معيناً أو مشاعاً...».

شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق»، ولأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهم، وإنما من ترتيب الشارع، وما لم يرد له حكم من الشارع فلا يترتب عليه أثر ولا يعمل به(١) بل يبطل العقد لأن في إبطال الشرط إبطال الرضا(٢) ولأنها شروط تتضمن حل ما كان محرماً أو ممنوعاً أو عكس ذلك، أما الشروط السبعة التي أجازوها فلأن النص ورد بها»(٣).

وواضح أن هؤلاء الفقهاء قد ضيقوا على الناس في معاملاتهم وسائر تصرفاتهم حينما يقفون بالعقود والشروط عندما كان عليه الناس وقت ظهور الإسلام، ولم يحسبوا لاختلاف الأزمان وتطور التعامل بين الناس أي حساب، وخاصة أنهم لا يؤمنون بالقياس ويقفون عند ظواهر النصوص.

موقف ابن تيمية وابن القيم من الشروط:

وعلى النقيض من الظاهرية نجد بعض فقهاء الحنابلة يتوسعون في الشروط ويفتحون بابها على مصراعيه فيجيزون كل الشروط التي يتراضيانها في العقد ما دام لم يرد عن الشارع نهي عنها بخصوصها، سواء أقام الدليل على اعتبارها أم كان

(١) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٣٢٣.

(٢) وقالوا أنه إذا عملنا به نكون قد أدخلنا في الدين ما ليس منه، وقالوا لا يخلو كل اشتراط في بيع أو غيره من أحد ثلاثة أوجه: إما إباحة ما لم يجب في العقد، وإما إيجاب عمل، وإما المنع من عمل، وكل ذلك حرام بالنص، يقول الرسول: «إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام» ولقوله تعالى: ﴿لم تحرم ما أحل الله لك﴾ فصح بطلان كل شرط جملة، إلا ما جاء النص بإباحته، راجع المحلى جـ ٨ ص ٤١٥.

(٣) المحلى جـ ٨ ص ٤١٣، أما الرهن فلآية ﴿ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة﴾، واشتراط تأجيل الثمن لأجل مسمى فلآية ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾، والتأجيل إلى الميسرة فلآية ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ وما روى عن عائشة أن الرسول بعث إلى يهودي قدمت عليه ثياب. «ابعث إلى بثوبين إلى الميسرة» واشتراط صفة في المبيع فلآية ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ وقالوا إن التراضي لا يكون إلا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة وإن كان في الواقع لا يوجد مبرر لهذا التخصيص، واشتراط أن لا خلابة فلقول الرسول لحبان بن منقذ «إذا تبايعت فقل لا خلابة ثم إنك بالخيار ثلاثة أيام» أما بيع العبد واشتراط ماله، واشتراط ثمر النخل المؤبر فلما رواه عبد الله بن عمر عن أبيه أن الرسول قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، ومن باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

مسكوتاً عنها حتى لـو خالفت مقتضى العقد، وقـالوا إن هذا هو مذهب أحمد بن حنبل[١].

ويؤيدون رأيهم بقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفـوا بالعقود﴾ فأمر الشارع بالوفاء جاء عاماً فشمل كل عقد أو شرط ما دام لم يرد فى الشارع نهى عنه بخصوصه، ومن ناحية أخرى إن الرضا لا يتحقق إلا بتحقق ما يشترط فى العقد، والرضا أساس العقد، يقـول الله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ كما استـدلوا بحديث روى عن الرسول عليه السلام «الناس على شروطهم ما وافقت الحق» وقـد ناقش ابن حزم هذه الأدلة كما ناقش ابن تيمية وابن القيم أدلة الآخرين.

الشافعية والأحناف والمالكية وجمهور الحنابلة:

فى الواقع أن الأحناف والشافـعية وإن كـانوا يتجهون إلى قـاعدة أن الأصل فى الشـروط والعـقود الحظر لا الإباحـة إلا أن لهم مـصادرهـم العديدة، وأخـذ بعضهم بالقياس والاستحسان والاستصلاح والعرف خاصة[٢]، فوق أنهم لا يقفون عند ظواهر النص بل يغوصون فى المعنى بما يجعل فى حظرهم إباحة وفى تضييقهم

---

(١) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٣٢٢، إعلام الموقعين لابن القيم والمغنى لابن قدامة.

وراجع فى هذا بحثا فى الشروط الشائعة والمعاملات للأسـتاذ الشيخ زكى الدين شعبان منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد (٣، ٤) السنة الخامسة والعشرون ص ٣٤١ وراجع مجموع الفتاوى لابن تيمية ص ٣٢٨، ٢٤٤. فأباح هذا الفريق اشتراط المرأة على من أراد زواجها، ألا يتزوج عليها، أو أن تقـيم فى بلدها أو أن يقيـم فى دارها أو أن لا ينقلها منـها، واعـتبـروه شرطا ملزمـا، وأعطوها حق فسخ العـقد إذا تخلف الشرط، وأجاروا اشـتراط البائع أن تكون له منفعـة العين المبيعـة مدة كذا بعد البيع، بل أكـثر من هذا أجاروا اشتراط البـائع عند المبيع أن يكون له حق استـرداد المبيع بنفس الثمن إن رغب المشـترى فى بيعه، حـتى قالوا إنه يجوز أن يشـترط على المشترى أن يتخذ العـين مسجداً أو يقفها، كما اجـاروا أن يشترط المالك على من تملك منه مالا بأى سبب من أسبـاب التمليك أن يتصدق به أو يصل رحمه أو يقـضى به بعض ما على فلان من دين. وهذه الأمثلة صريحة فى جواز الاشتراط لمصلحـة الغير عندهم وقد أشرنا إلى تفصيل هذا الموضوع قبل.

(٢) وفى الهداية للميرغينانى جـ ٣ ص ٣٩ «إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس»

سعة، وقد لا يختلف المذهب الشافعى فى هذا عن المذهب الحنفى إلا فى اعتبار العرف مصدراً للشرط الصحيح[١].

أما المالكية وجمهور الحنابلة، فهم فى الواقع أقرب إلى القاعدة الأخرى التى ترى أن الأصل فى الشروط الإباحة لا الحظر، وهم وإن كانوا لم يصرحوا بها ولم يتخذوها شعاراً لفقههم فى هذه المسألة، إلا أن لهم فى الأخذ بالمصالح ما يجعلهم رغم بعدهم عن اعتبار العرف مصدراً لصحة الشرط أكثر سعة فى الشروط من الأحناف والشافعية، وهذه فروعهم وتطبيقاتهم تشهد بذلك.

وقد اتجه فقهاء هذه المذاهب فى تقسيم الشرط اتجاهات مختلفة، قد يكون ما اتجه إليه الأحناف من تقسيم الشرط إلى صحيح وفاسد وباطل أكثرها انضباطاً ووضوحاً، ولذا فإنا سنتجه إليه هنا[٢].

الشرط الصحيح: هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد مؤكداً لهذا المقتضى أو ورد به نص رغم مخالفته لمقتضى العقد، أو جرى به العرف كذلك، ومن هذه يكون للشرط الصحيح أربعة أقسام: الثلاثة الأولى متفق عليها من جميع الفقهاء حتى الظاهرية، لأن مقتضى العقد شرط لم يأت بجديد، وإنما هو إظهار لنفس الحكم، والشرط الملائم إنما هو فى الواقع يقرر حكم العقد من حيث المعنى، أما الشرط المخالف لمقتضى العقد، فالظاهرية يجيزونه أيضاً كالفقهاء الآخرين ما دام النص قد ورد به. أما الشرط المخالف لمقتضى العقد ولم يرد به نص، فالأحناف يرونه صحيحاً إذا تعارف الناس على العمل به استحساناً لا قياساً. وخالف فى ذلك الآخرون وسنتكلم عن هذه الأقسام.

---

(١) فقد انفرد الأحناف بهذا، بينما الشافعى يرى أن العرف لا يمكن أن يؤثر على حكم شرعى. نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٥٨ ـ ١٩.

(٢) راجع المبسوط جـ ١٣ ص ١٤ ـ ٢٨، الزيلعى جـ ٤ ص ٥٧ ـ ٥٩، فتح القدير جـ ٥ ص ٢١٥، ابن عابدين جـ ٤ ص ١٢٦، البدائع جـ ٥ ص ١٦٨.

الشرط الذى يقتضيه العقد: وهو ما يوجب أثراً من آثار العقد، فما ينتجه ثابت بالعقد نفسه ومهمة الشرط أنه يظهر هذا الأثر ويصرح به، كأن يشترى ويشترط أن يتملك المبيع أو أن يتسلمه، أو يشترى دابة على أن يركبها، أو ثوبا على أن يلبسه، ومثل اشتراط الإنفاق على الزوجة، أو أن تطيع زوجها، أو أن يشترط على البائع رد المبيع عند ظهور عيب فيه من قبل ينقص من ماليته، فهى كلها شروط صحيحة لا توجب فساداً فى العقد(١).

الشرط الملائم للعقد: هو شرط وإن كان لا يقتضيه العقد إلا أنه من حيث المعنى إنما يقرر الحكم فهو مؤكد لمقتضى العقد كاشتراط تقديم رهن بالثمن، فالثمن يقتضيه العقد ويوجبه، والرهن إنما يكون للتوثيق(٢).

ومثله أيضا اشتراط البائع عند تأجيل الثمن إحضار كفيل فإن العقد يصح ويلزم الشرط إذا قبل الكفيل(٣)، ومثله أيضا أن يبيعه بثمن مؤجل عليه، ويشترط أن يحيله به على فلان إذ يرى الأحناف صحة الشرط، لأن أصل الثمن ثبت فى ذمة المشترى والحوالة تفيد الاستيثاق بالحق. ومثل له الكمال بن الهمام أيضا بأن يحبس المبيع إلى قبض الثمن(٤).

الشرط الذى ورد به نص رغم مخالفته لمقتضى العقد: كالخيار والأجل فإن اشتراط خيار الشرط فى العقد جاء به النص، وهو ما روى عن الرسول من قوله لحبان بن منقذ «إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام»، واشتراط تأجيل الثمن ثبت بقوله تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين إلي أجل مسمى فاكتبوه﴾

---

(١) راجع البدائع جـ ٥ ص ١٢١، والمذاهب الأخرى مع الأحناف فى هذا.

(٢) إذا كان الرهن غير موجود فى المجلس وغير مسمى ولا موصوف فالشرط فاسد ويفسد العقد معه لأنه يكون مجهولا والتوثيق لا يتحقق مع الجهالة، والمالكية يثبتون العقد ويجبرون المشترى على دفع رهن مساو للثمن.

(٣) أما إذا كان غائبا أو حاضراً ورفض فإن العقد نفسه يفسد، وكذا إذا كان الكفيل مجهولا. وصرح المالكية بجواز أن يكون الكفيل مجهولا. راجع الحطاب جـ ٤ ص ٣٧٥.

(٤) الفتح جـ ٥ ص ٢١٤.

فالتـداين جاء عاما فـيشمل الثـمن المؤجل. وقد خالف مـقتضى العقـد وهو تمامه بمجرد انعقاده ولزومه ووجوب الثمن فوراً لانتقال الملكية به(١).

الشرط الذى جرى به العرف رغم مخالفته لمقتضى العقد: كاشتراط المشترى على البائع أن يضمـن إصلاح السلعة مدة كذا، أو اشتراط البائع على مشترى القماش أن يخيطه له بكـذا، أو اشتراط المشترى على البائع أن يحمل له السلعة إلى منزله أو أن يقوم بتـركيبها. أو كما يقـول الزيلعى كشراء النعل على أن يحذوها البـائع، وقد انفرد الإمـام وصاحبـاه بإجازة ما تعـارف عليه الناس من شروط إذ يرون فى عدم اعتبار العرف حرجـا بينا، واتباعا لقاعدتهم «المشروط عرفاً كالمشروط شـرعاً»، و «الثابت بالعرف كـالثابت بالنص»(٢) وخـالف فى ذلك زفـر والشافعى(٣) ومن وافقهـما لأنهم يرون بطلان ما خالف مقتـضى العقد ولم يرد به نص.

والتحقيق أن الأحناف يعتبرون العـرف ويصححون به الشرط، ولو كان عرفاً خاصا(٤)، وهذا ما يتناسب مع مرونة الفقه الاسلامى واتساع أفقه.

الشرط غير الصحيح: كـمـا يراه الأحناف إمـا أن يحقـق منفعـة لأحـد المتعاقـدين أو لأخر أو لمحل العقد نفسه رغم مـخالفته لمقتضى العـقد وعدم ورود نص به أو جريان العـرف عليه، وإما ألا يحـقق أى مصلحة لأحـد رغم مخالفـته لمقتضى العقد، ومن أجل هذا فإنهم يقسمونه إلى نوعين: شرط فاسد يفسد العقد وشرط باطل لا يؤثر فى العقد.

---

(١) تبيـين الحقائق جـ ٤ ص ٥٨، وقـد سبق أن أشرنا إلى الشروط الـتى أجازها الظاهرية لورود النص بها برغم مخالفتها لمقتضى العقد.

(٢) راجع ما قلناه فى المعروف قبل فى القسم الثانى، وراجع المبـسوط جـ ١٣ ص ٦٤.

(٣) نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٥٨.

(٤) راجع الفـتح جـ ٥ ص ٢٢١ وابن عابدين جـ ٤ ص ١٢٩، وما يقـوله ابن نجيم المصـرى فى الأشباه والنظائـر ص ٤٤١ «والمذهب عدم اعتبار العـرف الخاص، ولكن أفتى كثـير من المشايخ باعتباره».

فالشرط الفاسد: هو ما لم يكن صحيحاً وحقق منفعة لأحد المتعاقدين[١] وكان فى عقد من عقود المعاوضات المالية مثل إذا باع داره لآخر على أن يسكنها البائع أو أرضاً على أن يزرعها أو دابة على أن يركبها أو ثوباً على أن يلبسه فترة بينها، أو على أن يقرضه مبلغاً أو يبيعه هو الآخر كذا، فإن الشرط فى كل هذا مخالف لمقتضى العقد بل هو يتضمن عقداً آخر يحقق منفعة لأحدهما فقالوا إنه شرط فاسد ويفسد العقد ما دام من عقود المعاوضات ولم يكن متعارفاً عليه[٢]، لأنه كما يقولون فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى إلى الربا، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده أو أن هذا الشرط يقابله شىء فى الثمن ويكون له دخل فى الموازنة فبطلان العقد يترتب عليه تزعزع الرضا فى نفس من كان الشرط لصالحه.

وإنما اقتصروا على عقود المعاوضات المالية دون غيرها لما روى عن الرسول من نهيه عن بيع وشرط وصفقتين فى صفقة، ولأن حقيقة مذهب الحنفية أن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها[٣]. كما أنهم اقتصروا على الشرط الذى يحقق منفعة لأحدهما أو لمحل العقد، أما الشرط

---

(١) أما إذا كان الاشتراط على الغير أو لمصلحة الغير فإن الشرط نفسه باطل لا إلزام فيه والعقد جائز، وقد أشرنا إلى ذلك قبل.

(٢) راجع المبسوط جـ ١٣ ص ١٤، البدائع جـ ٥ ص ١٦٩، وفى تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ١٢٣ «ما يبطل بالشرط الفاسد: البيع والقسمة والإجارة، والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين وعزل الوكيل والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف والتحكيم» وفى الفتح جـ ٤ ص ٢١٤ «أن ابن أبى ليلى يرى أن الشرط الفاسد إذا كان لا يحل شرعا فإنه يعتبر لغواً ولا يؤثر على العقد ولو كان بيعا» أى أنه كالشرط الباطل أو غير الصحيح فى نظر الفقهاء الآخرين.

(٣) ولا يتصور فى غيرها من المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع والطلاق على مال، ولا فى التقييدات أو الإسقاطات أو الإطلاقات إلى غير ذلك من مما ذكره الزيلعى جـ ٤ ص ١٣١ - ١٣٤، ولا فى التبرعات أيضا لورود النص فى جواز الهبة مع الشرط الفاسد وإبطال الشرط فقط وهو ما روى أن الرسول عليه السلام حكم بصحة العمرى، ونفاذها على المعمر وإبطال شرط الرجوع، وقاسوا سائر عقود التبرعات على الهبة. والعمرى هى الهبة التى يشترط فيها الواهب رجوع العين الموهوب له.

الذى يكون على الغيـر فإن النقول عنهم(١)، أفادت أنه لا يفسد العـقد، وإنما يبقى العقد معه صحيحاً والشرط لا أثر له لأنه لا يلزم الأجنبى عن العقد.

هذا هو مذهب الأحناف(٢) فى الشرط الفـاسد وهذه هى علة تفـريقهم بين عقود المعـاوضات المالية وغيـرها بالنسبة للشرط غـير الصحيح الذى يحـقق منفعة لأحد العاقـدين وهو كله محل نظر، وللمالكية والحنابلـة فى الموضوع نظرة أخرى تتفق مع توسعهم فى صحة الشروط(٣).

الشرط الباطل: وهو الذى يلغـو لأنه مناقض للعـقد ولم يرد به شـرع أو يجرى به عرف ويبقى العقد صحيحـاً سواء أكان الشرط لا نفع فيه لأحد كمن يبيع لآخر كتاباً بشرط أن لا يقرأ فيه، أو كان فيه منفعة لأحد العاقدين لكن العقد ليس فيـه معاوضة مـالية كالتبـرعات والنكاح والطلاق والتقـييدات والإسقـاطات، كأن تشتـرط عليه فى عقـد الزواج أن لا ينقلها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليـها، أو يتعلق الشرط بآخـر غير المتعاقدين سـواء أكان اشتراطاً لمصلحة الغـير أم ضده على تفصيل فى ذلك.

---

(١) حاشية ابن عابدين على شرح المختار جـ ٤ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٨.

(٢) المذهب الشافعى لا يخـتلف عن المذهب الحنفى إلا أنهم لا يعتبرون مـا تعارف عليه الناس من شروط تخالف مقتضى العقد ولم يرد بها نص فيـرون عدم صحتها خلافا للأحناف، ومن جهة أخرى فإنهم كما تفيد النقول عنهم يرون أن الشـرط الفاسد سواء تعلق بأحد العاقدين أو بآخر غيرهما يفسد العقد نفسه (نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٥٨ ـ ٥٩).

(٣) راجع بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٣١، وحاشية الخرشى على خليل جـ ، ص ٨٠ وما بعدها، كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٠، المغنى لابن قدامة.

المبحث الثانى

الخيارات التى تشترط فى العقود اللازمة

الخيارات وحكمتها:

من الشروط التى تناقض العقد لكنها تعتبر صحيحة فى نظر الجميع لورود النص بها الخيارات(١)، فهى تحفظات لصاحب العقد، إما بقوة الشارع من غير أن ينص عليها كخيار العيب والرؤية وهى التى سنتناولها فى المبحث القادم، وإما لابد من اشتراطها عند التعاقد، وأن يتم اشتراطها برضاء طرفى العقد كخيار التعيين والشرط، والخيارات فى الواقع تخالف ما يقتضيه العقد من التزامات إذ هى تجعل لمن له الخيار حق عدم الالتزام بالعقد(٢)، والخيارات منها ما جاء به الشرع صراحة، ومنها ما قيس على ما جاء به الشارع.

الخيارات جمع مفرده خيار، وهو فى اللغة طلب خير الأمرين. إما إمضاء العقد أو فسخه، والمعنى الشرعى لا يبعد عن ذلك، والخيارات شرعت ليتأكد رضاء العاقد بالعقد، وليكون على بينة من أمره دفعاً للغبن ومنعاً للضرر(٣). فالمرء قد يقدم على إمضاء العقد من غير أن يرى محله أو من غير أن يكون له خبرة فيه، وقد يكون فى محل العقد عيب لا يقبل معه المتعاقد الشراء، أو يكون الطرف الآخر قد أغراه ليقدم على إمضاء العقد بأوصاف لم تكن فيه إلى غير ذلك: ويخشى إذا أحجم عن التعاقد أن تكون فى العقد مصلحة له يندم عليها إذا ترك التعاقد وقد لا تتيح له الفرصة ذلك لاحتمال أن يتعاقد الغير عليها، أو لاحتمال

---

(١) راجع فى الخيارات كتب الفقه مثل البدائع جـ ٥ ص ٣٦٩ وما بعدها، رد المختار شرح تنوير الأبصار جـ ٤ ص ٤٩ وما بعدها، درر الحكام شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص ١٥١ وما بعدها، الهداية جـ ٣ ص ٢٢ وما بعدها، الفتح جـ ٥ ص ١١٠، وما بعدها المبسوط جـ ١٣ ص ٣٨ وما بعدها، الزيلعى جـ ٤ ص ١٤ وما بعدها، الجوهرة على مختصر القدورى آخر الجزء، الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٢ ص ٢٢٤ وما بعدها.

(٢) الفتح جـ ٥ ص ١١٠.

(٣) وفى الهداية جـ ٣ ص ٢٢ «شرعت للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن».

عدول صاحبها، فيقدم على العقد من غير أن يتحقق الرضا فى نفسه أو من غير أن تكون أمامه الفرصة الكافية لرؤية محل العقد وقد قبله علي وصفه، وقد يكون الوصف غير منطبق على المحل، وقد يكون فى العقد من الغبن والخديعة ما يخرجه عن حقيقته، وقد يريد أن يستشير غيره ممن له خبرة. فشرع الخيار ليتوكد الرضا بالعقد، وقد لاحظ الشارع طبيعة العقد، وما ينتجه الخيار من جعل العقد غير مجزوم به فجعله فى العقود اللازمة التى تقبل الفسخ باتفاق طرفى العقد، والخيارات كثيرة(١) وسنتكلم عن خيار الشرط والتعيين.

---

(١) الخيارات فى الفقه الإسلامى كثيرة نتناول منها بشىء من التفصيل خيار التعيين والشرط والرؤية والعيب، وهناك غيرها:

١ ـ خيار الكفاءة فى الزواج.

٢ ـ خيار الإقامة إذا كان الولى الذى زوج المجنون او المجنونة أوالمعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد فإنه عند الإفاقة من هذا العارض يكون له أو لها حق الفسخ ولو كان الزواج بمهر المثل.

٣ ـ خيار البلوغ إذا بلغ الصغير وكان قد زوجه غير الأب والجد فمن حقه أو حقها فسخ العقد عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول ابن عمر وأبى هريرة لأن التزويج صدر ممن هو قاصر الشفقة بالنسبة إلى الأب فيثبت لهما خيار إذا ملكا أمر نفسهما بالبلوغ. وهو يبطل بالسكوت فى جانبها إذا كانت بكراً إذ الرضا يتم بسكوتها شرعاً، أما إذا بلغت ثيباً فلا يبطل خيارها بالسكوت كما لا يبطل خيار الغلام به فإن لم تعلم بالنكاح وقت البلوغ كان الجهل عذراً لخفاء الدليل إذ الولى مستبد بالإنكاح، وإن علمت بالنكاح ولم تعلم بأن لها حق الخيار لا يعتبر الجهل هنا لأن دليل العلم بالخيار فى حقها مشهور غير مستور، ويقول صاحب كشف الأسرار نقلا عن شمس الأئمة «خيار البلوغ أمر ظاهر يعرفه كل واحد حتى ظن بعض الناس أنه يثبت فى إنكاح الأب أما بالنسبة للأمة فجهلها بأن خيار الإعتاق يعتبر عذراً لأنها لا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع. .إلخ. وبيان هذا فى دراسة الأحوال الشخصية.

٤ ـ وخيار القبول هو ما يثبته الأحناف لـلعاقد الآخر إذا ما صدر من الأول الإيجاب فإن للآخر حق أن يقبل هذا الإيجاب فيتم العقد أو يرفض ما دام مجلس العقد لم يتغير وهذا فى الواقع شىء من التجوز لأن العقد لم يتم حتى يعتبر هذا خيارا بمعنى فسخ العقد وقد كان الأولى أن يسمى خيار الرجوع إذ الأحناف يرون الإيجاب غير ملزم لصاحبه قبل القبول ومن حقه الرجوع عن التزامه.

٥ ـ خيار المجلس وقد سبق بيان شىء عنه وأنه مذهب الشافعى وأحمد.

٦ ـ خيار الغبن الفاحش وهو أن يثبت للمغبون حق فسخ العقد أو إمضائه. =

أولا ـ خيار الشرط

تعريفه والعقود التى يشترط فيها:

هو أن يكون لأحد المتعـاقدين أو لهما معاً، أو لمن ينيبـه كل منهما الحق فى إجازة العـقد أو فسخـه باشتراط ذلك فى العـقد؛ لذلك سمى خيـار الشرط إذ لا يكون إلا باشتراطه فى العـقد صراحة بأى لفظ يدل على عدم الالتزام بـالعقد مدة معينة فيقول البائع بعت على أن يكون لى الخيار أو إن رضى فلان، أو يقول ذلك

= ٧ ـ خيار النـقد، أن يشترط البائـع على المشترى إذا لم يدفع له الثمن فى ظرف ثلاثـة أيام فسد العقد إذا بـقى المبيع على حاله لم يتغـير، ويثبت هذا الشرط للبـائع أيضاً كأن يتبـايعا ويدفع المشترى الثمن ويجعل للبائع الخيار فى رد الثمن فى مدة معينة فيقول له إن رددت الثمن فى هذه المدة فلا بيع بيننا،وهذا الخيـار جاز استحساناً ومنعه زفر وهـو فى الواقع نوع من خيار الشرط إذ يثبت بالشرط ويأخذ حكمه فلا يورث ومدته كمدته.

٨ ـ خيـار الاستحقـاق ويثبت للمشـترى إذا استحق بعض المبـيع فيحق له أن يرد البـاقى أو يأخذ بحصته.

٩ ـ خيار التغرير الفعلى إذا فعل البائع فى المبيع شيئاً يغش به البائع ليجعله مرغوباً له.

١٠ ـ كشف الحقيقة أن يقول البائع للمـشترى بعتك السلعة بما فى يدك أو بما فى حافظتك له خيار الفسخ بعد كشف الحقيقة.

١١ ـ الخيار عند ظهور الخـيانة فى بيع المرابحة والتولية والوضيعة: أن يدعى البـائع أنه كان اشترى المبيع بمائة جنيـه فيتـفق المشترى أن يربحـه عشرة جنيهـات فوق المائة ثم يظهر أن البـائع كان اشترى المبيع بأقل من مائة.

١٢ ـ خيار فوات الوصف المرغوب فيه.

١٣ ـ خيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع فى يد البائع قبل قبضه.

١٤ ـ خيار صاحـب الشأن عندما يعرض عليه الفـضولى العقد، ومنه خيار الولى والوصى فى إجازة عقد الصبى المميز المتردد بين النفع والضرر.

١٥ ـ الخيار عند ظهور أن البيع مرهون أو مستأجر.

١٦ ـ خيار الكمية إذا باع مكيلا أو موزوناً بشىء غير معلوم القدر.

١٧ ـ خيـار العتق: وهو أن يكون للزوجـة حق الفسخ إذا كانت أمـة فزوجـها مولاها ثم أعـتقت فالعـتق يجعل لهـا حق الفسـخ وهو يمـتد إلى آخـر المجلس لأنه ثابت بتخـير الشـارع فيكون كالثابت بتخير الزوج فإن لم تعلم بالإعتاق أو علمت به ولكن لم تعلم بثبوت الخيار لها شرعاً كان الجهل عذراً حتى كان لها الحق فى مجلس العلم بعد ذلك كما يقول صاحب كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٦٩، راجع فى هذا جميعه ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٩ ـ ٥٠.

المشترى أو يشترط أحدهما ذلك لآخر له خبرة فى موضوع التعاقد أو صاحب شأن بأن كان العاقد وكيلا أو فضولياً، فإن العقد يصبح غير لازم بالنسبة لمن شرط له الخيار.

وهذا الشرط يكون مصاحباً للعقد، لا قبله. ويصح إلحاقه به بفترة طالت أو قصرت ما دام يقبله الآخر(١) خلافاً للشافعى وأحمد بن حنبل. وهو شرط صحيح برغم مخالفته لمقتضى العقد لقول الرسول لأحد الأنصار(٢) وكان يغبن فى المبايعات: «إذا بايعت فقل لا خلابة، ولى الخيار ثلاثة أيام». أى لا خداع.

فخيار الشرط شرع فى الواقع لحماية المتعاقد من التزامه بعقد يكون الرضا فيه موفورا والرغبة فيه لم تتأكد إذ قد يرى المتعاقدان أو أحدهما أن العقد فيه مصلحة، ولكن تنقصهما الخبرة فيخشيان أو يخشى أحدهما ضياع الفرصة فيقدمان على العقد على أن يكون لهما أو لأحدهما أو لأجنبى حق فسخ العقد أو إمضائه، والأثر الذى يترتب على خيار الشرط هو أن يصير العقد غير لازم بالنسبة لمن كان الشرط له(٣). وخيار الشرط يدخل على العقود التى تقبل الفسخ باتفاق المتعاقدين(٤)، كالبيع والإجارة والمزارعة والوصية والكفالة والحوالة وغيرها، ولا يدخل فى الوكالة والهبة بغير عوض(٥) ولا فى الطلاق المجرد(٦).

---

(١) راجع ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٣ والمغنى جـ ٣ ص ٥٧٩، فتح القدير جـ ٥ ص ١١١ حيث يقول الكمال «يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح ما دام الثانى قد قبل ذلك لأن للمتعاقدين حق الفسخ من غير خيار إذا ارتضيا الفسخ، فكان لهما حق إلحاق الخيار بعد المجلس كما كان لهما فى مجلس العقد، وخالف فى ذلك أحمد بن حنبل والشافعى.

(٢) هو حبان بن منقذ الأنصارى وكان قد أصيب بضربة سيف أصابت رأسه فثقل بذلك نطقه وضعف إدراكه وتمييزه وأصبح يغبن فى عقوده لذلك. وروى الحديث برواية أخرى «إذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالى».

(٣) راجع كشف الأسرار على البزدوى جـ ٤ ص ١٤٧ وما بعدها.

(٣) بشرط أن لا يتوقف تمامها على القبض كالسلم والصرف لأن اشتراط الخيار يتنافى مع القبض.

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٥ ـ ٥٣، المغنى جـ ٣ ص ٥٩٤.

(٥) غير أنه يدخل فى الخلع جانب الزوجة فقط لأنه يعتبر بالنسبة لها معاوضة على رأى الإمام أبى حنيفة وهو الراجح وما دام هو معاوضة بالنسبة لها كان من حقها أن ترجع فى إيجابها قبل اتصال القبول به، وأن تشترط لنفسها خيار الشرط، راجع للمؤلف الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما ص ١٩٤ وما بعدها.

لمن يثبت خيار الشرط: يثبت لمن اشترط له من المتعاقدين أحدهما أو كلاهما لنفسه أو لغيره، لأن حكمة مشروعيته تقتضى ذلك، ولأن اشتراطه للغير اشتراط لنفسه إذ يجعل غيره وكيلا عنه ولذا لم يسقط حق العاقد نفسه فى الخيار، وخالف فى جواز اشتراط ذلك لأجنبى زفر(١)، وإذا اشتراط أحدهما الخيار لأجنبى عن العقد، فالأحناف عدا زفر يرون أن حق المشترط نفسه لا يسقط فى الخيار(٢).

مدة خيار الشرط: يجوز اشتراطه لمدة ثلاثة أيام فاقل باتفاق الفقهاء لورود النص بها، أما إذا اشترط لأكثر من ذلك فأبو حنيفة وزفر والشافعى لا يجيزونه ويرون العقد معه فاسداً(٣)، لأنه استثناء فيقتصر فيه على موضع النص ويجيزه

---

(١) وعلل لذلك بأن خيار الشرط من حقوق العقد، وهى تثبت للعاقد واشتراطهما ذلك لغيره مفسد للعقد، ولأن هذا الشرط يتعلق بانفساخ العقد وإبرامه. وينبغى أن لا يكون ذلك بفعل الغير. راجع المبسوط جـ ١٣ ص ٤٧ ـ ٤٩، البدائع جـ ٥ ص ٢٧١، الزيلعى جـ ٤ ص ١٩ ـ ٢٠ الفتح والعناية جـ ٥ ص ١٢٦ ـ ١٢٧، المغنى جـ ٣ ص ٥٨٧.

(٢) وإذا اتفقا على الفسخ أو الإجارة فالأمر ظاهر، وإن اختلفا فصاحب العبارة الأولى مقدم، لأن العبارة الأولى تأتى فتجعل العقد إما لازماً بالإجارة وإما منفسخاً بالرفض فلا تجد العبارة الثانية محلا، وإذا افترضنا ما قاله الفقهاء من احتمال أن يصدر منهما نقض وإجارة فى وقت واحد فيفسخ أحدهما ويجيز الآخر، فإنى أميل ما روى من أن رأى الأصيل مقدم وأحق بالاعتبار، لأنه هو الأصيل، والنائب إنما يستمد منه السلطان. وفى الزيلعى جـ ٤ ص ١٩. ٢٠ «لو شرط المشترى الخيار لغيره صح، وأيهما أجاز أو نقض صح فإن أجاز أحدهما ونقض فالأسبق أحق، وإن كانا معا في وقت واحد كان الفسخ أولي من الإجارة، وفي رواية أخرى تصرف المالك أولى، فسخاً كان أو إجارة لأن الأصل أقوى إذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصح أن يكون معارضاً للأصل، ولأنه لما أقدم على التصرف كان عزلا منه بالفعل حكماً».

(٣) لأن خيار الشرط جاء على خلاف القياس، والأصل فيه الفساد لأنه يناقض مقتضى العقد فيقتصر فيه على ما ورد به النص وهو ثلاثة أيام، أما إذا حددا مدة أربعة أيام فأجاز من له الخيار العقد قبل نهاية اليوم الثالث، فيرى أبو حنيفة أن العقد يبقى صحيحاً لارتفاع المفسد قبل تقريره، ويرى زفر أن العقد نشأ فاسداً من الأصل فلا ينقلب جائزاً، راجع المبسوط جـ ٣ ص ٣٤١، والفتح جـ ٥ ص ١١٠ ـ ١١٣ والزيلعى جـ ٤ ص ١٤ ـ ١٥ والمغنى جـ ٣ ص ٥٧٩ ـ ٥٩٠.

الصاحبان وابن حنبل بأى مدة يتراضيان عليها ما دامت معلومة محددة[١]، أما الإمام مالك فقد اعتبر الأصل ثلاثة أيام وينظر بعد ذلك فى المدة إلى ملاءمتها مع المعقود عليه.

حكم العقد فى مدة الخيار: الفقهاء جميعا[٢] إلا رواية عن أحمد والشافعى متفقون على أن الحكم يتخلف عن العقد بالنسبة لمن اشترط الخيار له[٣] لأن العقد اللازم غير لازم بالنسبة لمن له خيار الشرط، وبذا يكون الخيار قد جعل العقد اللازم غير لازم، وقد رتب أحكام هذه العقود على أنها لازمة فيتخلف الحكم حتى يصير العقد لازماً، وعلى هذا فهو يشبه العقد المضاف من ناحية انعقاد العقد وتخلف الحكم حتى يأتى الزمن المضاف إليه، أو حتى يسقط الخيار[٤].

وقد نقل عن أحمد والشافعى فى إحدى روايتين عنهما أن العقد مع وجود الخيار يتصل به حكمه فوراً إذ العقد صحيح نافذ، وكل ما أوجده خيار الشرط من أثر أنه جعل العقد غير لازم مدة الخيار بالنسبة لمن شرط له، ولايوجد ما يسبب

(١) لأن الخيار شرع للحاجة، وقد يقتضى الاختيار والموازنة والاستشارة وقتاً أكثر من ثلاثة أيام وهذا دليل على أن ظرف المشترى أو موضوع العقد يقتضيه حتى يتم الخيار عن رضا أكيد يرتفع معه الغبن، وقالوا إن المدة التى جاءت فى الحديث كانت خاصة بالشخص المخاطب نفسه، لكفايتها بالنسبة لعقوده.

(٢) راجع فى الموضوع: البدائع جـ ٥ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٧، الفتح والعناية جـ ٥ ص ١١٥ إلى ص ١٢٠، الزيلعى جـ ٤ ص ١١ ـ ١٧، المغنى جـ ٣ ص ٥٧١ ـ ٧٥٢.

(٣) فإذا كان الخيار للبائع فإن ملكيته للمبيع لا ترتفع، وإن كان الحكم بالنسبة للآخر لازماً ويخرج الثمن من ملكه غير أنه لا يملك التصرف فى المبيع لاحتمال فسخ البائع للعقد، والبائع إذا تصرف فى الثمن يكون قد أجاز البيع بطريق الدلالة وهكذا فى العكس، أما إذا كان الخيار لهما فيختلف الحكم بالنسبة لهما، فالمبيع على ملك بائعه والثمن على ملك المشترى، والعلة فى قولهم إن الحكم يختلف بالنسبة لمن له الخيار، هي أن اشتراط الخيار علي عدم تحقق الرضا، من ناحصة من له الخيار، والأحكام تتبع العقود إذا تحقق فيها الرضا.

(٤) وإن كان التخلف فى المضاف ناشئاً من الصيغة نفسها إلا أنه فى خيار الشرط من أمر زائد هو الشرط، والحكم فى المضاف لا يكون له أثر رجعى لكنه هنا يظهر من تاريخ الانعقاد.

تأخر الحكم عن العقد فتثبت ملكية المبيع للمشترى والثمن للبائع وإن كانت هذه الملكية على خطر الزوال إذا فسخ العقد من له الخيار(١).

طريق فسخ وإجازة من له الخيار: والإجازة والفسخ يكونان بما يدل على ذلك صراحة، كأن يقول أجزت العقد أو فسخته إلى غير ذلك، وتصرف البائع الذى له الخيار فى المبيع بالرهن أو بالإعارة أو الهبة مع التسليم أو بيعه للغير أو بالزيادة فيه يدل على الفسخ، وانتفاع المشترى بالمبيع أو تصرفه فيه أو طلبه الشفعة بسببه يدل على الإجازة.

وإذا كان الخيار لهما ففسخ أحدهما العقد أصبح خيار الآخر منتهياً لكن إجازة أحدهما لا تسقط حق الآخر فى الخيار(٢)، وإجازة العقد ممن له الخيار لا تتوقف على علم الآخر وإنما يسقط بها نفسها حقه فى الخيار، وإن فسخ فى مدة الخيار توقف الفسخ على علم الآخر، وإلا فلو مضت المدة من غير علمه بالفسخ لزم العقد عند الإمام ومحمد محافظة على مصلحة الطرف الآخر، فإذا علم الآخر قبل مضى المدة صح الفسخ(٣).

---

(١) وتفصيل الكلام عن ملكية العين والتصرفات التى تحدث فيها وما يحدث فيها من زيادة، أو ينتج عنها من ربح فى مدة الخيار. راجعه فى كتابنا الفقه الإسلامى من ص ٥٤٠ ـ ٥٤٣.

(٢) الفتح جـ ٥ ص ٢٠ إلى ١٢٢، والبدائع جـ ٥ ص ٢٧٣، وقد روى عن أبى يوسف عدة روايات.

(٣) وفى كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٧٠ «الأصل أن ما فيه إلزام على الغير لا يثبت بدون علمه. قال أبو حنيفة ومحمد فى صاحب خيار الشرط مشترياً كان أو بائعا إذا فسخ بغير علم الآخر إن ذلك الفسخ لا يصح وله أن يرضى بعد ذلك ما لم يعلم الآخر بفسخه فى مدة الخيار فإن علم فى المدة تم الفسخ وليس له الإجارة بعد علم الآخر بالفسخ وإن لم يعلم بالفسخ حتى مضت المدة بطل الفسخ وتم البيع، وقال أبو يوسف: فسخه جائز من غير توقف على علم الآخر لأن الخيار خالص حقه ويوجب الخيار الفسخ أو الإجارة. ثم الإجارة تتم بغير محضر الآخر وعلمه كما تتم بغير رضاه فكذلك الفسخ بل أولى لأن الخيار لا يشترط للنفاذ إذ النفاذ ثابت بدون الخيار. ولهما أنه بالفسخ يلزم غيره حكما جديداً لم يكن فلا يثبت حكم تصرفه فى حق ذلك الغير ما لم يعلم به كالموكل إذا عزل الوكيل فى غيبته فلا يثبت العزل فى حقه ما لم يعلم به إذ الخيار وضع فى الشرع لاستثناء حكم العقد لعدم الاختيار. أى يمنع حكم العقد عن الثبوت لعدم توافر الرضاء به إذ الخيار داخل فى الحكم دون السبب فيؤثر فيه بالمنع ويصبح العقد غير لازم لأن لفوات الاختيار والرضا أثراً فى سلب اللزوم عن العقد كما فى بيع المكره والهزل. ولا يقال إن الخيار شرع لأجل الفسخ قصداً بغير علم الآخر وإلا لما كان له حق الإجارة...».

وعلى هذا فلو فسخ العقد ثم إجازه قبل علم الآخر بالفسخ صحت الإجازة وبطل الفسخ. ويرى أبو يوسف وزفر والشافعي وأحمد عدم توقف اعتبار الفسخ والنفاذ على علم الآخر(١)، وأما إذا فسخ دلالة بأن تصرف البائع في المبيع وكان له حق الخيار أو تصرف المشتري في الثمن وكان عيناً وله الخيار. فإنه يعتبر من غير علم اتفاقاً(٢)، وكذا الإجازة اتفاقاً لأنها إسقاط للخيار، أما الفسخ باللفظ من غير تصرف في الشيء نفسه يدل على الفسخ، فهم يرونه فسخاً للعقد وإسقاطاً للخيار علم أو لم يعلم الآخر خلافاً للطرفين.

مسقطات الخيار:

١ ـ الإجازة أو الفسخ صراحة أو دلالة كما تقدم.

٢ ـ موت من له الخيار عند الأحناف والحنابلة لأنه مجرد رغبة ومشيئة والرغبات لا تورث عندهم. خلافاً لمالك والشافعي فإن هذا الحق يورث عندهم ولا يسقط بموت صاحبه.

٣ ـ انتهاء المدة من غير إبداء رأي مسقط للخيار وملزم للعقد.

٤ ـ تعييب محل العقد أو هلاكه أو الزيادة فيه. إلا إذا كانت زيادة منفصلة غير متولدة من محل العقد كالأجرة مثلا فإنها لا تسقط الخيار، وإذا فسخ العقد لزم رد الأصل والزيادة منعاً لشبهة الربا.

ثانيا ـ خيار التعيين

موقف الفقهاء منه: وهو أن يشتري أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيها شاء، فإذا ذهبت إلى بائع الساعات أو الحلي أو غيرهما وأعجبك نوع مما

---

(١) وفي جـ ٤ ص ٤٧١ من كشف الأسرار: «فحاصل الخلاف بينهم أن أبا يوسف يقول إن الخيار وإن شابه الاستثناء لكن لابد من مساعدة صاحبه في ثبوت الشرط فأشبه التسليط وهما نظرا إلى الحقيقة فقالا لما كان الخيار استثناء وهو منع الثبوت، وذلك غير ثابت بمعنى من الآخر كان حق الفسخ مسنداً إلى تسليط الآخر فشابه عزل الوكيل.

(٢) المراجع السابقة.

عرضه للبيع وعرفت لكل واحد ثمنه، وأردت أن تعرضها على شخص آخر له خبرة ليفضل لك إحداها وتخشى ضياع الفرصة لو لم تتعاقد فيرتفع السعر أو يبتاعها الغير أو يعدل البائع عن بيعه فتعاقدت معه على شراء واحد منها غير معين بثمنه على أن يكون لك خيار التعيين، فإذا اخترت أحدها تعين البيع فيه وأصبح لازماً وانتهى الخيار.

وهذا الخيار محل خلاف بين الفقهاء فيمنع الأخذ به الشافعية والحنابلة وزفر لمخالفته للقياس لجهالة العين المعقود عليها. لكن الإمام وصاحباه يجيزون خيار التعيين مع مخالفته القياس حقيقة إلا أنهم يرون أن الاستحسان يقتضيه(١)، لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق والأرفق، والحاجة إليه متحققة إذ قد يشترى المرء ويحتاج إلى رأى غير رأيه فى اختيار الصنف أو اللون مما يتيسر له إجباره على الحضور عند البائع، والبائع فى كل هذا لا يمكنه من حمل السلعة وأخذها خارج محله إلا بالشراء، فكان خيار التعيين ضرورياً، والجهالة فيه لا تفضى إلى النزاع لتعيين الثمن فى كل وتفويض المشترى فى الاختيار فأشبه خيار الشرط الذى ورد النص بمشروعيته، والجهالة إنما تفسد العقد إذا أفضت إلى المنازعة، ولعل مثل هذا متعارف متداول بين الناس، وقواعد الوكالة تقضى بجواز اشتراطه للغير، ولما كان خيار التعيين جاء على خلاف القياس فإن الآخذين به قصروه على العقود الناقلة للملكية كالبيع(٢)، وما فى حكمه من الهبة باشتراط العوض والقسمة للضرورة فيها دون غيرها.

---

(١) راجع فى هذا الزيلعى جـ ٤ ص ٣١ والهامش أيضاً، الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام لملاخسرو جـ ٢ ص ١٥٣ ـ ١٥٤، شرح الكنز للعينى جـ ٢ ص ١١، المبسوط جـ ١٣ ص ٥٥، الهداية جـ ٣ ص ٥، الفتح جـ ٥ ص ١٣٠، البدائع جـ ٦ ص ٢٦١ ٢٦٣، رد المختار جـ ٤ ص ٦٤.

(٢) ويمكن أن يكون أيضاً فى عقود الإجارة لأنها تمليك منافع فيقول المؤجر مثلا للمستأجر أجرت لك إحد هذه المساكن الثلاثة ويعين لكل منها أجراً فيقبل المستأجر على أن يعين واحدة منها والتفاوت فيها متحقق لأنها تختلف، فالطابق الأول يختلف عن الثانى قرباً وبعداً واتساعاً وضيقاً ومن ناحية الضوء هذا إذا لم تختلف وجهاتها ومساحاتها وهكذا فى غيرها.

والذين يجيزون خيار التعيين قصروه على المشترى ومن حكمه، وقالوا إنه لا يثبت للبائع ومن فى حكمه إذ العين كانت فى يده. غير أن الفقيه الكرخى اجازه للبائع أيضاً وهو ما أميل إليه(١).

بقى أن نقول إن خيار التعيين لا يمكن أن يثبت لهما معاً فى صفقة واحدة وإلا حدث التناقض.

ما يشترط لصحة خيار التعيين:

١ ـ يشترط أن يكون التخيير بين ثلاثة أشياء أو اثنين فيفسد العقد إذا زادت السلع عن ثلاث لأنها فيها الجد والردئ والمتوسط.

٢ ـ أن تكون السلع التى يتعين بينهما الخيار متفاوتة ليكون الاختيار مفيداً. وأن تكون متعينة ومحدداً ثمنها، لمنع الجهالة المفسدة للعقد والمفضية إلى المنازعة، ولأن العقد إنما ينعقد على واحد منها غير معين فيجب أن يعرف الثمن ويتعين لهذا(٢).

٣ ـ أن تكون مدة الخيار محدودة معلومة كى يتبين كل واحد منهما موقفه بعدها(٣).

هل العقد لازم مع خيار التعيين أم لا: اتجه كثير من فقهاء الأحناف(٤) إلى أن خيار التعيين يكون متضمناً خيار الشرط فيصح أن يفسخ العقد، فلا يترتب

(١) لأن ما أجيز للمشترى من أجله يصح أن يتوافر له، فلو فرضنا شخصاً يملك سيارتين فعرض عليه من له خبرة فيها أن يبيعه إحداهما وحدد لكل ثمناً، وكان هو فى حاجة إلى التخلص من إحداهما ورغب أن يعرض الأمر على من له خبرة فقبل البيع على أن يكون له خيار التعيين.

(٢) وفى الكنز «ولو باع عبدين على أنه بالخيار فى أحدهما إن فصل وعين صح وإلا لا».

(٣) وحددها الإمام بثلاثة أيام، واطلقها الصاحبان إلى الوقت الذى يتفقان عليه، واكتفيا بشرط أن يكون الوقت معلوماً محدداً متفقاً عليه قل أم كثر.

(٤) منهم صاحب الهداية وصاحب الفتح جـ ٤ ص ١٣١. وكذا الزيلعى والكاسانى حيث قالا «إن خيار التعيين فيه معنى خيار الشرط فيكون العقد معه غير لازم وللمشترى أن يرد الجميع لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ، وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك ولا تنعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه عسى ألا يوافقه شىء منها فيحتاج إلى ردها».

عليه أى حكم، كما يصح له الالتزام بالعقد فى إحداها، واتجه بعضهم إلى أنه يكون غير متضمن خيار الشرط إلا إذا اشترط معه، ويرون العقد ملزماً فى واحد منها غير معين وليس من حق من له خيار التعيين فقط ان يرد الجميع.

وإنا نميل إلى أن العقد لازم مع خيار التعيين فى إحدى السلعتين إذا لم يكن له خيار الشرط، ولم يوجد سبب آخر يقتضى الفسخ، لأن العقد ما تم على أن يكون له حق الفسخ، وإنما تم على أن يكون له حق اختيار أحدهما فقط، فالعقد لازم بالنسبة لواحد غير معين، وعلى من له الخيار التعيين[1].

هذا ومن له خيار التعيين ليس له أن يشترى الجميع بنفس الصيغة، لأن الإيجاب والقبول إنما صدرا على بيع عين واحدة مترددة بينهما، والمبيع فى الحقيقة احدهما والآخر أمانة. ولذلك لو هلك أحدهما بعد القبض تعين فيه البيع لاستحالة الرد، ولو هلكا معاً لزمه نصف ثمنهما معاً لشيوع البيع والأمانة فيهما. أما إذا احتجز السلعتين بالثمن وقبل البائع فهو عقد جديد بقبول جديد.

مبطلات خيار التعيين وموت له الخيار: يبطل خيار التعيين إما بالاختيار صراحة أو دلالة، وقد يبطل ضرورة كأن يهلك أحدهما بعد القبض فيتعين البيع فيه. وبموت من له هذا الحق قبل التعيين ثبت للورثة هذا الحق ابتداء، لأن إحدي السلعتين موروثة لهم باعتبار أن البيع لازم ثابتاً لهم بطريق الميراث، لأن قاعدة الأحناف أن الحقوق المحضة لا تورث لأنها مجرد رغبة ومشيئة، وإنما ثبت هذا للورثة ابتداء لتعيين ملكهم من ملك غيرهم. حتى على رأى من يرى من الفقهاء أن خيار التعيين يلزم ان يكون متضمناً خيار الشرط إذ بالموت سقط حقه فى الخيار، وبقى للورثة ملك ثابت فى شىء مما كان لمورثهم التعيين فيه فلزمهم التعيين ليتميز ملكهم من ملك الغير.

---

(١) يعضد هذا ما قاله صاحب الهداية «ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الأخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما. ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً.

المبحث الثالث

الخيارات التي تراعى دون اشتراط

أولاً - خيار الرؤية(١):

رؤية محل العقد ترفع الجهالة وتحقق الرضا: اتفق الفقهاء على أنه يشترط تعيين محل العقد عند التعاقد، فلا يصح بيع المجهول جهالة تفضى إلى التنازع والشقاق، والتعيين يتم إما برؤية محل العقد وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يحتمل معه التغير أو برؤية شيء منه، وقد أجاز الأحناف بيع المتعين الغائب عن مجلس العقد لأن الضرورة قد تستلزم ذلك. ولما كان فى عدم رؤية محل العقد عند التعاقد ما يخل بالرضا وينقص منه، إذ قد تنتفى الرغبة فيه عند رؤيته، أو يظهر منه أنه غير ما يرغب فيه ويقصده، فشرع خيار الرؤية.

خيار الرؤية وآراء الفقهاء فيه: خيار الرؤية أن يكون لأحد المتعاقدين الحق فى فسخ العقد أو إجارته عند رؤية محله. إذا لم تسبق رؤيته وقت إنشاء العقد أو قبله، سواء أكان محل العقد قد تعين بالوصف أم لم يتعين جيداً به، إذ الوصف مهما كان دقيقاً نافياً للجهالة فلا يصل إلى درجة الرؤية المحققة للمعرفة والتى يتم بها ويكمل معها الرضا وترتفع الجهالة المفضية إلى الضرر.

فشرع خير الرؤية كى لا يلحق الآخر الضرر ومنعاً للغبن، والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد(٢).

والأحناف هم الذين أجازوا خيار الرؤية، ومنعه غيرهم فى بعض الروايات عنهم(٣)، وكان هذا الاختلاف تبعاً لاختلافهم فى إجازة التعاقد على الأشياء المعينة

---

(١) راجع فى هذا البدائع جـ ٥ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٩، الزيلعى ج ٤ ص ٢٠ ـ ٣٠، الفتح جـ ٥ ص ١٢٧ إلى ١٥١ . . ، رد المختار جـ ٤ ص ٦٩.

(٢) الفتح جـ ٥ ص ١٣٨.

(٣) الزيلعى جـ ٤ ص ٢٤ و ٢٥، الفتح جـ ٥ ص ١٣٧ ـ ١٣٨، وقد أشارت كتب الأحناف المذكورة إلى رأى الشافعى فى مذهبه الجديد، ومع ذلك كان مع الأحناف فى مذهبه القديم، والمالكية والحنابلة لهم روايات أخرى فى هذا الموضوع.

بأوصافها. فالأحناف يجيزون هذا النوع من التعاقد ما دام قد تعين محل العقد بما يرفع الجهالة، وأما جمهور الفقهاء فى بعض الروايات عنهم على منع ذلك والقول بعدم صحة العقد على الأشياء المعلومة الغائبة، لما روى أن الرسول قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك» وفسروا هذا بأنه نهى عند بيع ما ليس بحاضر عن التعاقد مرئياً للمشترى، وقالوا إن المعقود عليه يجب أن يكون معلوماً بذاته وصفاته، والأعيان لا تتم معرفتها إلا بالمشاهدة النافية للجهالة، وإلا لترتب على ذلك جهالة تفضى إلى المنازعة. وفى هذا غرر نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم. وبناء على هذا فلا محل للقول بخيار الرؤية(١).

ونستطيع أن نقول رداً على غير الأحناف إن المقصود فى الحديث هو النهى عن بيع ما ليس فى مقدور الإنسان تسليمه ولو حكما عند التعاقد. وإظهار الحكم فى محل معين بذاته تعييناً يرفع الجهالة المفضية إلى التنازع، ويؤيد هذه الوجهة ما روى أن حكيما بن حزام قال يا رسول الله: إن الرجل يطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجديها فأشتريها فأسلمها إليه. فقال صلى الله عليه وسلم: «لا تبع ما ليس عندك» فالنهى هنا - أرى - أنه ينصب على المعنى الذى سبق، إذ فى عدم تحققه احتمال النزاع بين المتعاقدين ووجود الضرر، وإن كانت كتب الأحناف تنص على أن النهى ينصب على بيع ما ليس فى ملك الإنسان(٢).

---

(١) وفى المغنى جـ ٣ ص ٥٨٠ «وفى بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذى لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه، وبهذا قال الشعبى والنخعى والحسن والأوزاعى ومالك وإسحاق وهو أحد قولى الشافعى.. وهل يثبت للمشترى خيار الرؤية؟ على روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبى حنيفة. ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ولأنه ابتاع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح. وفى الرواية التى فيها الأخذ بخيار الرؤية فيكون للمشترى الخيار عند الرؤية على الفور، وقيل فى مجلس الرؤية لأنه ثبت بمقتضى الشرع والعقد معه غير لازم فى حقه.

(٢) وفى العناية والفتح جـ ٥ ص ١٣٨ وسائر كتب الأحناف أن المراد بنهى الرسول عن بيع ما ليس عند الإنسان هو النهى عن بيع ما ليس فى ملكه واستدلوا بحادثة حكيم بن حزام لكن إذا لاحظنا أن كون العاقد مالكا لمحل العقد لا يرى الأحناف أنه شرط لصحة العقد وإنما هو شرط لنفاذه، =

طريق ثبوته ودليله: هذا الحق يثبت من الشارع من غير حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد، بل ويثبت مع النص على نفيه، فلا يمكن التنازل عنه لأنه شرط أوجبه الشرع، وجعله من تمام العقد، وفي اشتراط نفيه مخالفة لما جاء به الشرع.

ونستطيع أن نأخذ من الإجماع السكوتي الذي تم في منازعة عثمان وطلحة[1]، دليلا على جواز التعاقد على الشيء قبل رؤيته، ولو كان باطلا لما أقدما عليه، ومع هذا فهناك حديث صحت روايته عند الأحناف وهو «من اشترى ما لم ير فله الخيار إذا رأى إن شاء أخذه وإن شاء تركه» فهو صريح في جواز الشراء من غير رؤية المعقود عليه، وصريح في أن العقد معه يكون غير لازم[2].

لمن يثبت هذا الحق وما يثبت فيه: يثبت هذا الحق للمملك «المشتري والمستأجر ومن في حكمها»، ويثبت للملك «البائع والمؤجر ومن في حكمها[3]»،

= ولذا قالوا إن عقد الفضولي صحيح موقوف، وإذا لاحظنا أن حكيما هذا لما باع إحدى الشاتين اللتين اشتراهما للرسول من غير أن يكون الرسول قد أذنه بهذا وأن الرسول أجاز تصرفه مع أنه فضولي فيه، بل ودعا له بالبركة. ولو كان بيع ما ليس في ملك الإنسان منهياً عنه لما أجازه الرسول بل ولما دعا له بالبركة. فإذا لاحظنا كل هذا أمكن أن نقول إن تأويل فقهاء الأحناف للحديث بالنهي عن بيع ما ليس في ملكه لا يستقيم ظاهره مع تجويزهم عقد الفضولي، وتأويل غير الأحناف له بالنهي عن بيع غير الحاضر المرئي لا يستقيم أيضاً لتعارضه مع حديث خيار الرؤية، أما التعليل الذي سقناه فهو مستقيم.

(١) وخلاصتها أن عثمان باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله. فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان إنك غبنت فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره. فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بأن الخيار لطلحة، ومثل هذا النزاع الذي بين راسين كبيرين من الصحابة لابد من أن يذاع أمره، ومع هذا فلم يرد عن أحد معارضته فكان إجماعاً سكوتياً.

(٢) وفي هذا دليل أيضاً على صحة ما سقناه في معارضتنا لما قاله الشافعية من أن المقصود النهي عن بيع ما لم يكن حاضراً مرئياً وإلا لما باع عثمان بن عفان ـ أحد الخلفاء الراشدين ـ ما لم يره. ولما اشترى طلحة ما لم يره.

(٣) وقد كان الإمام أبو حنيفة يثبته للبائع أيضاً. ثم عدل عنه راجع ذلك وأدلة الرأي المعدول عنه في الهداية جـ ٣ ص ٣٦، الفتح والعناية عليه جـ ٥ ص ٤٠ والزيلعي جـ ٥ ص ٢٥.

لما أشرنا إليه فى المنازعة التى كانت بين عثمان بن عفان وطلحة. ولأن البائع عادة يكون محل العقد فى حوزته ويكون قد عرفه وتثبت منه[١].

ومع هذا فإن كان الثمن سلعة تتعين بالتعيين كأن تبيع أرضاً زراعية بأرض بناء وما عليها من دور، أو تبيع سيارة بفرس إلى غير ذلك من تبادل السلع، الذى أطلق عليه مقايضة، فإن خيار الرؤية يثبت للمتعاقدين معاً إذ كل منهما يعتبر بائعاً ومشترياً[٢].

شرط ثبوت هذا الحق وما تتحقق به الرؤية: ويشترط لثبوت خيار الرؤية أن يكون محل العقد فيها مما يتعين وأن تتحقق عدم رؤيته وقت العقد أو قبله[٣].

وتتحقق الرؤية بمجرد الإبصار فيما تتحقق معرفته التامة بالإبصار إذا كان مبصراً، وبالوصف الدقيق إذا كان غير مبصر. أما مالا تتحقق معرفته لمجرد

---

(١) راجع المصادر السابقة فى مناقشة الأدلة.

(٢) وبالاستقراء وجد أن أربعة عقود هى التى يمكن أن يثبت فيها خيار الرؤية: عقد الشراء ما دام محل العقد مما يتعين بالتعيين كالأعيان التى تباع عقاراً كانت أو منقولاً من القيميات أو المثليات المشار إليها والمعينة بذاتها، وكذا فى عقود الإجارة وعقود قسمة القيميات والصلح عن دعوى المال بشئ يتعين بالتعيين. فمن اشترى شيئاً من الأعيان المالية كدار أو فرس أو سيارة أو أقمشة أو أى سلعة من عروض التجارة، ومن استأجر شيئاً كأرض للزراعة أو دار للسكنى أو دابة للركوب إلى غير ذلك، ومن اقتسم مع شريكه العقار أو عروض التجارة، ومن ادعى عليه غيره مبلغاً من المال فصالحه المدعى عليه واعطاه نظير دعواه داراً أو ارضاً أو سياوة أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وكان المشترى والمستأجر والشريك المقاسم والمدعى والمصالح لم يروا محل العقد، فإن من حق كل منهم أن يفسخ العقد عند رؤية المعقود عليه. وإذا كان الثمن أو الأجرة عيناً تتعين فإن خيار الرؤية للطرف الآخر ايضاً إن كان لم يره كما قلنا. وفى البدائع جـ ٥ ص ٩٣ «لو تبايعا عيناً بعين يثبت لكل واحد حق الخيار، ولو تبايعا ديناً بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما، ولو اشترى عيناً بدين فللمشترى الخيار ولا خيار للبائع. «والاصل أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا. وعلى هذا يثبت خيار الرؤية فى المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تحتمل الفسخ».

(٣) فإذا كان محل العقد مرئياً له حاضراً وقت العقد وتحققت المعرفة، أو كان قد رأى محل العقد قبل التعاقد وما زال باقياً على حاله لم يتغير عن وقت رؤيته التى حدثت قبل التعاقد فإن حق الخيار قائم.

الإبصار ولابد لكمال معرفته من لمسه أو شمه أو ذوقه فإن رؤيته لا تتحقق إلا بذلك ولا عبرة بمجرد الإبصار هنا، والمبصر والكفيف فى هذا سواء فإذا كانت رؤية البعض تغنى عن الكل تحققت الرؤية بذلك[(١)].

وقد تكلم الفقهاء كثيراً فى هذا وبنوا أن المعتبر فى رؤية كل شيء يختلف عن غيره حسب الحاجة إليه واستعماله[(٢)].

ورؤية الوكيل تغنى عن رؤية موكله، ويسقط معها خيار الرؤية ويصير لازماً بالنسبة للموكل[(٣)].

أثره فى العقد: ومن له خيار الرؤية يملك بنص الحديث أن يجيز العقد كما له أن يفسخ العقد دون توقف على موافقة الآخر أو قضاء القاضى، ولذا فالعقد وإن كان لازماً بطبيعته لكنه بالنسبة لمن له الخيار غير لازم فيملك أن يفسخه ولو قبل الرؤية كما يرى البعض، إذ سبب عدم اللزوم هو عدم الرؤية، ورجحه صاحب البدائع، وقيل ليس له هذا الحق لأنه لا يثبت إلا عند الرؤية[(٤)].

(١) كالمكيل والوزن والمعدود المتقارب على الرأى الراجح، فالحبوب والزيوت وما شابه ذلك والليمون والبيض وأمثالها تغنى رؤية البعض فيها عن رؤية الجميع، وإلا فإذا كانت رؤية البعض لا تغنى عن رؤية الكل، كرؤية قائم بعض الدار، أو رؤية قطعة من أثاث حجرة دون رؤية باقى القطع، أو ما شابه ذلك، فإن خيار الرؤية قائم وثابت فلا يسقط برؤية هذا الجزء.

(٢) الفتح جـ ٥ ص ١٤٢، البدائع جـ ٥ ص ٩٣، الزيلعى جـ ٤ ص ٢٤.

(٣) أما إذا كان وكيلا بالقبض فقط فالصاحبان يريان أن حق الأصيل فى خيار الرؤية ثابت لا يسقط برؤية الوكيل فى القبض؛ لأنه وكيل بالقبض فقط، ولم يكن وكيلا فى إسقاط الخيار. والإمام أبو حنيفة يرى أن الوكيل بالقبض رؤيته كرؤية الموكل تماماً فيسقط خيار الرؤية لأنه وكيل بقبض تام. والوكيل بالشيء وكيل بإتمامه. وتمام القبض يكون بإسقاط الخيار لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض. راجع البدائع جـ ٥ ص ١٩٥ ـ ٢٩٦.

(٤) يثبت هذا الحق وقت الرؤية لا قبلها. فإذا أجاز العقد من غير أن يرى محله ورضى به صراحة بأن قال أجزت العقد أو ارتضيت به أو تنازلت عن خيار الرؤية. أو أسقطت حقى فى خيار الرؤية فإنه عند رؤية محل العقد يثبت له حق الخيار رغم الرضا السابق به. ورغم إسقاطه للحق صراحة. لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أثبت الخيار للمشترى بعد الرؤية فلو ثبت له حق إمضاء العقد وإسقاط الخيار قبل الرؤية لما ثبت له الخيار بعدها وهذا خلاف النص. بل فيه إهدار له.

وعلى كل فإذا أراد أن يفسخ العقد، فلابد من أن يفسخه جميعه، فلا يجوز أن يفسخ العقد فى جزء دون جزء، فـإذا تحققت عنده الرؤية فى بعض محل العقد أو فى بعض أجزائه، فليس مـن حقه أن يجيـز فيهـا العقد دون غيـرها إلا برضاء الآخر، لأن فى هذا تجزئة للصـفقة عليه، وفى هذا إضـرار بالمملك، والقاعدة أنه لا ضرر ولا ضرار.

مسقطات خيار الرؤية[١]:

ما يسقط حق خيار الرؤية جعله الفقهاء قسمين:

[أ] قسم لا أثر له إذا كان قبل الرؤية وهو ينحصر في الآتي:

١ ـ يسقط الخـيار بالإجازة الصريحة كـأن يقول بعد الرؤية أجـزت العقد أو ارتضيته، أو لا اعتراض لى عليه[٢].

٢ ـ وبما يدل على الرضا دلالة من غـير أن يتصـرف فى محل العقد تصـرفاً يجعل عليه حقاً للغير، كأن يقبض العين ويراها من غير أن يفسخ فإن القبض يشبه العقـد فالقـبض بعد الرؤية كـالعقد بعـد الرؤية. وكذلك إذا تصـرف فيـه تصرف الملاك.

٣ ـ إذا كان المبيع عـقاراً أو ما فى حكم العقار ومما يثبت به الشـفعة، وبيع عقـار بجواره، وطالب بالشفـعة بسبـبه، فإن كـان ذلك بعد رؤيتـه فإنه يدل على الإجازة دلالة ويسـقط به خيار الرؤية، أما إذا كـان قبل الرؤية فهـو لا يسقط حق الخيار لأنه ليس بأعظم شأناً من الإسقاط الصريح.

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢١٥ ـ ٢٩٧. الزيلعى جـ ٤ ص ٢٥ ـ ٢٦. الفتح جـ ٥ ص ١٤٣.

(٢) لكن هل بمجرد الرؤية يسقط حقه فى الخيار دون أن يظهر منه ما يدل على الرضا به أو الفسخ؟ بعض فقهاء الأحناف يرون أن هذا الحق لا يسـقط ما لم يوجد ما يدل على بطلانه. ومنهم من يرى أنه يبقى بعد الرؤية فترة يمكنه فيها الفسخ فإذا لم يفسخ سقط حقه فى الخيار وأصبح العقد لازما. وهذا الرأى يحقق مصلحة الآخر فيستطيع أن يتـبين موقفه من العقد الذى قد التزم هو به وإن كان فى مسقطات الخيار دلالة ما يجعل وقت الخيار محدداً حتى على الرأى الأول.

[ب] وقسم يسقط حق الخيار به سواء أكان قبل الرؤية أم بعدها:

١ - أن يتصرف فى محل العقد تصرفاً يتعلق به حق الغير كرهنه وهبته مع التسليم أو بيعه بيعاً باتاً وإجارته ووقفه وغير ذلك.

٢ - هلاك المحل أو تعيبه جميعه أو بعضه وهو فى يد المتملك، وكذلك زيادته فى يده.

٣ - وأخيراً موت من له الخيار - سواء أكان قبل الرؤية أم بعدها - مسقط لهذا الحق، لأنه لا يورث لأن النص أثبته للعاقد نفسه ولاوارث غيره، والخيار وصف فلا يجرى فيه الإرث كما يرى الأحناف، أما غيرهم فلا يجيزون هذا الخيار.

ثانياً - خيار العيب

خيار العيب سببه ودليله: قد يحدث أن يتعاقد الشخص على شىء من غير أن يتبين ما فيه من عيب يخل به أو ينقص من قيمته، أو يفوت عليه غرضاً قصده فيه، مما يجعل رضاءه به غير موفور ولو كان به وقت التعاقد لما أقدم عليه أصلا، أو لما أرتضاه بما ارتضاه به، فاعتبر الشارع مثل هذا خللا فى العقد يرتفع معه الرضا الذى هو أساس التعاقد. إذ الرضا به إنما يكون على أساس سلامته مما اكتشفه من عيب، ولذا بسط الشارع حمايته على هذا العاقد وشرع له خيار العيب ليتمكن من فسخ العقد ويسترد عوضه مستنداً بهذا الفسخ عند ظهور ما كان فيه من عيب لا يعلمه ولا يرتضيه، فسبب مشروعية هذا الخيار هو وجود العيب وعدم الرضا به.

والعيب فى الاصطلاح الفقهى ما ينقص القيمة عند التجار أو يفوت غرض المتعاقدين. ويمكن القول بأن خيار العيب هو أن يكون لمن يتملك شيئاً مما يتعين بالتعيين ويجده معيباً بعيب خفى عليه وقت التعاقد، حق فسخ العقد وعدم به.

ومن العيوب ما يغتفر ولا يكون له أثر فى لزوم العقد، ولا يتزعزع معه الرضا، ومن العيوب ما يغتفر ويتعيب محل العقد به كشرود فى البعير، أو تفوت مع وجوده رغبة للعاقد فيه كأن يصنع لك الصانع حذاء فتجده ضيقاً[١] أو تنقص قيمة السلعة مع وجود العيب كعرج فى الدابة أو عور، إلى غير ذلك مما لا يتحقق معه الرضا.

وقد دل على مشروعيته ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم: «لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له». وما روى أن رجلا ابتاع غلاماً أقام عنده مدة ثم وجد به عيباً فخاصم البائع عند رسول الله، فرد عليه، فقال الرجل يا رسول الله: لقد استغل غلامى، فقال عليه السلام: «الخراج بالضمان» ومع هذا فالتعاقد على شىء معيب مع إخفاء ما فيه من عيب يعتبر غشاً وتدليساً لا يقره للشرع، فكان تشريع العيب لدفع مثل هذا.

من يثبت له وما يثبت فيه: والذى يثبت له خيار العيب هو المتملك إذ هو الذى سيقع عليه الضرر، بشرط أن يكون قد خفى عليه العيب وقت التعاقد أو القبض، ولم يصدر منه ما يدل على رضائه به، ويثبت خيار العيب فى عقود المعاوضات التى يتعين فيها محل العقد بالتعيين[٢]، وأيضاً فإذا كان العوض سلعة فإن خيار العيب يثبت فيه لمن سيتملكه إذا كان بالعوض عيب، فإذا باع شخص فرساً لآخر وأخذ نظيره سيارة ثم ظهر فى الفرس عيب خفى على المتعاقد، كما

---

(١) أو تشترى شاة للاضحية فتجدها مقطوعة الأذن مثلا. والأضحية: اسم لما يذبح أو ينحر من النعم تقرباً إلى الله أيام النحر. يقول صاحب الهداية جـ ٤ ص ٥٨ «لا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التى لا تمشى إلى المنسك ولا العجفاء. ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب».

(٢) وهى كما قلنا فى خيار الرؤية فى عقود الشراء والإجارة وقسمة القيميات والصلح عن دعوى مال. وجاء فى حاشية ابن عابدين أنه يثبت فى الشراء والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد. وفى الإجارة، ولو حدث بعد العقد والقبض بخلاف البيع. وفى القسمة والصلح عن مال. جـ ٤ ص ٧٨.

ظهر في السيارة عيب خفي على الآخر فإن خيار العيب يثبت لكل منهما لأن كليهما متملك، كما يثبت أيضاً خيار العيب للمتملك إذا كان محل العقد قد امتنع رده لنقصانه مثلا أو تعيبه في يد الآخر فإنه مخير بين أن يسترده بحالته ويرد جميع الثمن؛ أو يمسكه الآخر بعيبه ويرجع بقيمة النقصان الذي كان فيه التعاقد.

هل يثبت خيار العيب في عقد الزواج: الفقهاء يفرقون بين الزوجة والزوج في ثبوت خيار العيب، فأثبتوا للزوجة حق طلب الفسخ إذا كان الزوج عنيناً أو مجبوباً أو خصياً، وقد أجاز محمد بن الحسن لها هذا الحق أيضاً إذا كان مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص. وفي البدائع والزيلعي: أن هذه العيوب على سبيل التمثيل لا الحصر، ويطلق الفقهاء على هذا الحق «التفريق بسبب العيب»، لأن الزوجة لا تستطيع معاشرته والإقامة معه على هذه الحالة. وقالوا: «إن كل عيب تتضرر به المرأة يجيز لها فسخ العقد» والمادة رقم ٩ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ جعلت للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء أكان العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق لكن يلاحظ أن التفريق لخيار العيب يعتبر فسخاً[1] وهذا يتفق مع ما يراه الإمام أحمد بن حنبل.

وإن كان سبب الفسخ قائماً من وقت إنشاء العقد - إذا كان العيب فيه من الأصل وتأخر العلم به - فسخ القاضي العقد، ويعتبر التفريق من وقت الحكم، ولذا تترتب الآثار مستندة إلى ما قبل الحكم فتجنب النفقة بخلاف ما يحدث بالنسبة لخيار العيب في غير ذلك.

---

(١) وبناء على أنه فسخ فلا يحتسب من عدد الطلقات إذا حدث بينهما زواج جديد لكن مالكا يعتبر مثل هذا التفريق «لعيب مستحكم» طلاقاً ويملكه القاضي بالنيابة القانونية عن الزوج. إذ كان الواجب على الزوج أن يطلق إذا فات الإمساك بالمعروف. ولما لم يسرح بإحسان قام القاضي مقامه بطلقة بائنة. وبهذا الاعتبار أخذ القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ المادة العاشرة مخالفاً المذهب الحنفي الذي لا يجيزه.

بقى أنه يجب أن يلاحظ أن خيار العيب يشترط فيه أن يكون العيب وحده قبل التعاقد أو بعده وقبل الاستلام بحيث لو وجد بعد ذلك عيب عنده لا يعتبر موجباً للفسخ مع أننا نعطى الزوجة هذا الحق إذا وجد فى الزوج عيب لم ترض الزوجة بمعاشرته معه(١).

أما إذا كان بالزوجة عيب غير ظاهر، وفى إعلانه والفسخ بسببه إضرار بسمعتها فإن الأحناف ومن وافقوهم لا يعطون الزوج حق طلب فسخ العقد لما فيه من تشهير بها ولأنه يمكنه أن يتخلص منها بالطلاق الذى يملكه منفرداً بدل أن يسجل عليها أمام القضاء هذا العيب ويعلمه الجميع فيحجم الغير عن الزواج بها، وقد يصادف أن تتمسك مثل هذه الزوجة بحقوقهما المالية قبله عند الطلاق رغم تستره على ما بها من عيب، فلا ضير، لأن خسارته المادية أخف ضرراً من التشهير بها وقتلها أدبيا، وعلى هذا عمل محاكم الأحوال الشخصية، فالمادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ جعلت هذا الحق للزوجة دون الزوج.

لكن ابن القيم فى كتابه إعلام الموقعين يقول: «كل عيب يكون بأحد الزوجين ينفر الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح يوجب الخيار، ويقول أبو حامد الغزالى فى كتابه الوجيز يقول «ويثبت لكل واحد من الزوجين الخيار بالبرص والجذام والجنون» ويقول ابن قدامة فى كتابه المغنى: «وأى الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو جذاماً أو برصاً، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء أو الرجل أو عنيناً أو خصيا(٢)، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار فى فسخ

(١) يرى الأستاذ الشيخ أبو زهرة فى كتابه الاحوال الشخصية ص ٣٥٦ أن مثل هذا يعتبرونه تفريقاً للضرر وليس للعيب. لكنى أستطيع أن أقول إنه للعيب وأن عقد الزواج من العقود المستمرة التى لا يمكن فيها تملك أثر العقد دفعة واحدة والعقد فيها يتجدد من نفسه ساعة فساعة.

(٢) الرتق: السداد فى مكان الوطء سواء بغدة لحم أو عظم لا يمكن معه الجماع، والقرن بروز يمنع الوطء، والعفل. لحم يبرز فى قبل المرأة ولا يخلو عن رشح كالأدرة للرجال. الفتق: انحلال فى الغشاء ويقع فيه شق ينفذه جسم غريب كان محصوراً فيه. ولعل العفلاء والفتقاء بمعنى واحد، وعلى كل فهى بالإجمال عيوب فى مكان الوطء من المرأة لا يمكن معها مخالطتها جنسياً، والمجبوب. مقطوع الذكر. والعنين: من كان عضوه التناسلى بحجم لا يمكن معه الجماع. الخصى: هو مقطوع الخصية. وعلى كل فهى عيوب تمنع الرجل من أداء وظيفته الجنسية. راجع هذا فى القاموس وفى كتاب النكاح فى كتب الفقه.

النكاح» ثم يقول: «خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة، روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن العباس، وبه قال النخعى والثورى وإسحاق، وروى عن على الا ترد الحرة بعيب، وبه قال النخعى والثورى وأصحاب الرأى، وابن مسعود: لا ينفسخ النكاح بعيب، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، إلا أن يكون الرجل مجبوباً أو عنيناً فإن للمرأة الخيار». وموضع دراسة هذا تفصيلا عند دراسة الأحوال الشخصية(١).

ما يشترط لثبوت خيار العيب[٢]: اشترط الفقهاء أموراً إذا توافرت فى عقد ثبت فيه خيار العيب، لأنها تكون الدليل القاطع على أن العقد قد تم على أساس السلامة. هذه الشروط هى:

١ - ثبوته عند التعاقد أو عند تسليم محل العقد. فلو حدث بعد استلام محل العقد عيب لم يكن موجوداً من قبل لا يثبت الخيار، لأن خيار العيب يثبت بسبب وجود العيب قبل الاستلام الذى تصبح معه السلامة مشروطة فى العقد دلالة من غير نص، وما دام التعاقد تم وليس بمحل العقد عيب فلا معنى لثبوت الخيار.

٢ - بقاء هذا العيب وثبوته بعد قبض محل العقد وعند طلب الفسخ ولا يكفى بالثبوت عند المملك لثبوت خيار المتملك بل يجب أن يكون العيب باقياً فى محل العقد عند طلب الفسخ بسببه.

---

(١) راجع كتاب النكاح فى كتب الفقه جميعها وكتاب الأحوال الشخصية للاستاذ المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم، والأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الأزهر السابق، وراجع كتاب الأحوال الشخصية قسم الزواج لفضيلة الأستاذ الشيخ أبى زهرة وراجع للمؤلف الزواج والفرقة وآثارهما، وراجع الرسالة التى نال بها الدكتور عبد الرحمن الصابونى شهادة الدكتوراه من جامعة القاهرة فى مدى حرية الزوجين فى الطلاق وقد كنت مشرفاً عليه فيها كما اشتركت فى لجنة الحكم عليها. هذا وقد بينت المادة (١١) أنه يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها.

(٢) البدائع جـ ٥ ص ٢٧٥، ٢٧٦ ثم نجد أن له كلاما بديعاً فى اشتراط بقاء العيب وثبوته عند التملك حتى وقت طلب الفسخ، وقد فرع كثيراً على اشتراط المملك البراءة من كل عيب، واتبع ذلك بالكلام عن اختلاف المتعاقدين فى وقت ظهور العيب. وطريق إثباته إن كان العيب خفياً أو كان ظاهراً.

٣ ـ جهل المتملك وجود العيب عند العقد وعند القبض، فإن علم به عند أحدهما فلا خيار، لأن الإقدام على التعاقد مع العلم بالعيب، رضاء به دلالة، وكذا إذا علم بالعيب بعد العقد وقبل القبض، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض، فتحقق العلم عند القبض كتحققه عند العقد.

٤ ـ عدم اشتراط البراءة عند التعاقد من أى عيب يوجد فى محل العقد، فإن اشترط ذلك وقبل الآخر، فلا يثبت له خيار العيب عند اكتشافه لأى عيب فيه. لأن الإبراء من أى عيب يجيزه الأحناف، ولا يرون فيه جهالة مفضية إلى نزاع[1].

٥ ـ أن يكون العيب مما ينقص قيمة المتعاقد عليه أو يفوت وجوده مصلحة على العاقد يقصدها من العقد.

ثبوته من غير نص وحكمه: العقود التى يدخلها خيار العيب هى من العقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ إلا برضاء طرفى العقد. والعقد قبل ظهور العيب نافذ فيترتب عليه أثره، غير أنه بظهور العيب تبين أن الرضا الذى تم على أساسه العقد لم يكن على اعتبار وجود العيب، وبوجوده يختل الرضا، لأنه إذا انتفت سلامة المحل انتفى الرضا تبعاً لأن غرض العاقد الانتفاع بمحل العقد على وجه يحقق رغباته، ولا يتكامل هذا الانتفاع إلا إذا تأكدت سلامة محل العقد، ولذا كان مقصوداً فى التعاقد من غير أن ينص عليه صراحة، ولأن العاقد لم يخرج من ملكيته جميع ما اتفق عليه من عوض إلا ليسلم له محل العقد كاملا. فالسلامة فيه وإن لم تشترط فى العقد صراحة فهى مشروطة فيه دلالة فكانت كالمشروطة نصاً، وفوق ذلك فإن العقود التى يثبت فيها خيار العيب هى من عقود المعاوضات وهى تقتضى المساواة، وتحقيق المساواة، فى مقابلة سلامة أحد العوضين بسلامة الآخر. فكان إطلاق العقد مقتضياً السلامة، وعدم توافر السلامة يتبعه عدم توافر الرضا لأنها أساس فيه كما قلنا، وهذا يوجب الخيار لأن الرضا

(١) الشافعى لا يجيز الإبراء من أى عيب إلا إذا عدد العيوب االتى يرغب الإبراء منها، لأن فى هذا الإطلاق جهالة قد تفضى إلى المنازعة.

شرط صحة البيع، قال الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم...﴾، فانعدام الرضا يمنع صحة العقد واختلاله يوجب الخيار فيصير العقد بذلك غير لازم بالنسبة للمتملك، ومن حقه أن يقبل العيب ومن حقه فسخ العقد.

أما إذا رضى المتملك بالعيب والتزم العقد فليس من حقه أن يرجع بشئ على المملك نظير النقصان لأنه ما قبل أن يخرج محل العقد من ملكه إلا ليتملك هذا العوض كاملا، وإنقاصه عليه إضرار به لم يقبله وقت التعاقد، ولا ينبغى أن نرفع ضرراً عن أحد العاقدين لنوقع الضرر بالآخر.

والأحناف والمالكية والشافعية يجيزون للمشترى هنا بين قبول العيب من غير إنقاص شىء من الثمن، وبين رد المبيع لصاحبه واسترداده الثمن، لكن ابن حنبل ذهب إلى إجارة الاحتفاظ بمحل العقد، والرجوع على الآخر بما يقابل النقصان.

أثره فى العقد: يصير العقد غير لازم بالنسبة لمن ثبت فى جانبه هذا الحق فإما أن يجيز العقد بحالته أو يفسخه، والفسخ قد يكون اختيارياً كقوله: فسخته أو نقضته. كما يكون اضطرارياً لهلاك المعقود عليه قبل تسلمه، وعلى كل فإن كان محل العقد فى يد المملك ولم يتسلمه المتملك بعد فإنه يستبد بفسخه منفرداً بمجرد التلفظ بما يدل على رغبته فى الفسخ وعدم رضائه بالعيب من غير حاجة إلى رضا الآخر أو إلى حكم القضاء، وكل ما يشترطه الأحناف هو مجرد إخبار الآخر بالفسخ وعدم تجزئة الشفعة عليه[1]. أما إذا كان المتملك قد تسلم محل العقد ورغب فى الفسخ فلابد أولا أن يكون محل العقد لم يحدث به ما يمتنع معه الرد، وأن يكون الفسخ فى هذه الحالة، إما بالاتفاق مع الطرف الآخر فى العقد، وإما بواسطة القضاء، لأنه قد يكون هذا محل جدل ونزاع بينهما فقد ينكر عليه أن

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٨٧، ٢٨٨، وراجع كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٧٠ حيث يفرق ابو يوسف بين ما قاله فى خيار الشرط من عدم توقف الفسخ على علم الآخر وبين موافقته للطرفين فى اشتراط علم الآخر بالفسخ بخيار العيب بقوله: «لأن المشترى هنا مسلط على الفسخ وإنما له حق المطالبة بتسليم الجزء الغائب، فإذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه إلا بمحضر منه».

العيب كان فى محل العقد قبل تسليمه له[١] . وخالف الشافعى وابن حنبل فى ذلك، ولم يفرقا بين الحالين، وجعلا حق الفسخ للمتملك يستبد به منفرداً من غير حاجة إلى قضاء أو رضاء. سواء أكان محل العقد فى يده أو كان فى يد الآخر، وقاسا ذلك على خيار الشرط والرؤية، والدعوى إنما ترفع على البائع سواء أكان حكم العقد يرجع إليه أم إلى غيره، فإن كان البائع وكيلا وأضاف العقد إلى نفسه، وكان من أهل العهدة والالتزام، أو كان البائع أباً أو وصياً من قبل الأب، فإنه هو الذى يخاصم بخيار العيب لأن حقوق العقد كما يرى الأحناف ترجع إلى من باشر العقد فى هذه الحالة، والخصومة فى العيب من حقوق العقد، وعلى كل فإن الوكيل أو من فى حكمه إذا خوصم فى هذا ورد عليه البيع رده بالتالى على موكله[٢].

ولو اشترى شخص سلعة بها عيب خفى عليه، ثم باعها قبل القبض لآخر فاكتشف ما فيها من عيب فردها إليه كان من حقه أن يردها هو بالتالى على البائع الأصلى، إذا كان الرد بقضاء القاضى، أما إذا كان بالتراضى فليس له أن يردها عليه منعاً لاحتمال إيقاع الإضرار به.

وعلى كل فلو رد محل العقد بعد القبض لظهور عيب فيه، وكان الرد برضاء الآخر وقبوله اعتبر ذلك بيعاً فى حق الغير وفسخا فى حقهما، فإذا كان المبيع الذى ظهر فيه العيب بعد القبض ورد إلى البائع بالرضا، عقاراً وله شريك أو جار حق له أن يطلب بالشفعة فيه، بخلاف ما إذا كان قبل القبض أو بعده لكن من غير رضاء وإنما بحكم القضاء.

(١) وفى البدائع جـ ٥ المكان المذكور: «إن الصفة تمت بالقبض، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه الصفقة بعد تمامها لأنه يرفع العقد. والعقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا يفسخ بأحدهما من غير رضاء الآخر أو قضاء القاضى، بخلاف ما قبل القبض لأن الصفة قبله ليست تامة بل تمامها بالقبض مكان بمنزلة القبول».

(٢) إذا كان الحكم بنى على أساس بينة أو نكول لزم الموكل، وإن كان بنى على إقرار ينظر إن كان العيب لا يحدث مثله عنده يرد على الموكل، وإن كان يحتمل أن يكون حدث عند المشترى فلا يلزم الموكل حتى يقيم البينة، البدائع جـ ٥ ص ٢٨١.

ما يمنع الرد ويسقط به الخيار:

١ ـ الرضا بالعيب بعد العلم به صراحة كأن يقول المشترى رضيت بالعيب، أو دلالة كما إذا كان قماشاً فخاطه أو تصرف فيه تصرفاً يخرجه عن ملكه وهو عالم بالعيب كأن يبيعه أو يهبه مع التسليم. وكذا إسقاط الخيار صريحاً، أو ما فى حكم الصريح، وكذا إبراء المتملك المملك من العيب إذ الإبراء إسقاط وهو يملك الإسقاط، لأن خيار العيب حقه، والإنسان حر فى استيفاء حقه أو إسقاطه.

٢ ـ هلاك المعقود عليه فى يد من له خيار العيب إذ بعد هلاكه تعذر الرد وامتنع، أو تعيبه فى يده لأنه بهذا يصير معيباً بعيب آخر من قبله، أو إحداثه فيه زيادة لا يمكن معها الرد(١)، فإذا امتنع الرد والفسخ لهذا فإذا كان المانع من الرد جاء من جهة المتملك نفسه كأن يحدث منه ما يدل على قبول المعقود عليه بما فيه من عيب صراحة أو دلالة، فإن العقد يلزمه ولا يملك هنا أن يرده، وليس من حقه أن يرجع على الآخر بفرق النقصان لأن امتناع الرد جاء منه مع علمه بالعيب، والمعقود عليه قد خرج من ملك صاحبه نظير كل العوض، وقد كان الجائز أن يسترده صاحبه ويرد جميع العوض، لو لم يتصرف فيه.

أما إذا كان المتملك لا يعلم بالعيب وتصرف فيه بما ينقصه أو حدث به عيب أو هلك أو تغير عنده بما يخرجه عن حالته، فإن الرد لا يمكن(٢)، إلا إذا كان فى حالة النقصان وتعيبه بعيب آخر يقبل المتملك استرداده ورد جميع العوض لأنه هو الذى يتضرر بالرد(٣)، وكذا إذا كان محل العقد قد حدثت به زيادة فى يد المتملك من غير أن يكون عالماً بما فيه من عيب. كأن يكون محل العقد ثوباً فيصبغه، أو

(١) إما أن تكون الزيادة قد حدثت قبل القبض أو بعده، وهى إما متصلة متولدة كالسمن والكبر أو غير متولدة كالصباغة للثوب والبياض للدار، أو تكون منفصلة متولدة كولد الدابة وثمرة الشجرة أو غير متولدة من الأصل كالغلة. راجع تفصيل ذلك فى البدائع جـ ٥ ص ٢٨٣ إلى ص ٢٨٦.

(٢) يقول صاحب البدائع جـ ٥ ص ٢٨٣ «وقال له أن يرده ويرد معه نقصان العيب الجديد لأن حق الرد بالعيب ثبت نظراً للمشترى... إلخ».

(٣) البدائع جـ ٥ ص ٢٨٩ وما بعدها.

داراً فيطلى جدرانها، أو شجرة فتثمر؛ إذ فى جواز الرد هنا شبهة الربا، ولذا كان منع الرد هنا لحق الشارع فوق حق المتملك، فيمتنع الرد ويرجع عليه بالنقص، فيقوم المبيع وقت العقد سليما وكذا يقوم وقت العقد معيباً ثم يأخذ الفرق بينهما ينسب لقيمته سليما وقت العقد ويضرب فى الثمن فينتج قيمة النقصان.

أما موت من له خيار العيب قبل أن يعرف بالعيب أو يظهر رأيه فإنه لا يسقط حق الورثة لأنه إنما يثبت لهم هنا ابتداء كما قلنا فى خيار التعيين؛ لأن مورثهم استحق المبيع سليما، والوارث خليفة المورث، ومن حقه أخذ المعقود عليه سليما. وإلا فلا، والمذاهب الأخرى وإن كانت أثبتت الخيار للورثة أيضاً، فإنه عندهم بالميراث عن مورثهم؛ وبذا نجد قاعدة الأحناف مطَّردة فى أن الحقوق التى هى مجرد رغبات لا تورث.

الفصل السابع
انتقال الحق وانقضاؤه

تمهيد:

أولاً: العقود مصدر من مصادر الحق الشخصى «الالتزام»، وكذا الإرادة المنفردة، وكلاهما ينتج التزاماً مقصوداً للملتزم، غير أن الالتزام فى العقود قد يقابله التزام آخر، كما أن من مصادر الحق ما نص الشارع على الالتزام به ابتداء دون أن يتوقف على إرادة من يقع عليه الالتزام أو رغبته وذلك كالنفقة التى أوجبها الشارع على الشخص لأولاده، وأقاربه الفقراء، والإلزام بالولاية الشرعية على الصغير ومن فى حكمه، ومن مصادره إتيان الإنسان فعلا دون إرادة التزام لكن الشارع يرتب عليه التزاماً كضمان المتلفات والإثراء على حساب الغير، وقد سبق(1).

ثانياً: ينبغى أن نشير إلى ما قلناه قبل عند الكلام عن أقسام العقد من أن العقود منها ما يوصف حكمه بالتنجيز، ومنها ما يضاف حكمه إلى أجل معين ومنها ما يكون حكمه معلقاً على شرط، وعلى هذا فإن الالتزام يوصف بالتنجيز والإضافة والتعليق، وهذا هو الذى تناوله القانون المدنى تحت عنوان أوصاف الالتزام، وإذا كان الالتزام منجزاً بطبيعته، أو وصف بذلك فإنه يجب على الملتزم بالحق الوفاء فى الحال، وإلا فإذا كان مؤجلا أو معلقاً على شرط فإن الوفاء يجب عند حلول الأجل أو تحقق الشرط.

ثالثاً: الالتزام إذا انتقل من ذمة إلى ذمة أخرى فإنه تارة ينقضى به الحق بالنسبة للدين الأصلى وتبرأ ذمته، وتارة لا ينقضى الحق بسبب ذلك الانتقال على ما سنبينه عند الكلام عن انتقال الحق، وأما انقضاء الحق فإنه إما أن يكون بالوفاء

---

(1) راجع ما قلنا قبل ولمن أراد التوسع بعد هذا أن يراجع مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور السنهورى.

بالحق نفسه أو بالوفاء بمقابل، أو بتجديد الالتزام أو الظفر بجنس الحق، والمقاصة واتحاد الذمة، أو بالتنفيذ القضائي على العين محل الالتزام، أو بطريق التعويض عند استحالة التنفيذ العيني. وإما أن ينقضي الحق بغير الوفاء كالإبراء والإسقاط.

وعلى هذا فإننا نتجه في الكلام عن هذا الموضوع إلى تقسيمه إلى مبحثين:

الأول في انتقال الحق، ونتناول فيه الحوالة مبينين موقف الفقه الإسلامي من حوالة الحق.

والمبحث الثاني في انقضاء الحق، ونتناول فيه ما يكون فيه الانقضاء بطريق من طرق الوفاء، وما يكون الانقضاء فيه من غير وفاء - على أننا سنلتزم الإيجاز وعدم التفصيل أو التعرض للجزئيات.

المبحث الأول

انتقال الحق

ينتقل الحق من ذمة إلى أخرى بما يسمى «الحوالة» على ما ذكرنا(١)، وهى عقد كسائر العقود يلاحظ فيه ما يلاحظ فى العقود بصفة عامة.

والحوالة(٢) فى الاصطلاح الفقهى كما اشتهر بين الأحناف نقل الدين من ذمة المدين «المحيل» إلى ذمة أخرى «المحال عليه»، ويقرب من هذا تعريف الشيعة الجعفرية إذ يرونها «عقداً شرع لانتقال الحق من ذمة إلى ذمة أخرى(٣)» ويعرفها

---

(١) قد يتصور احد انه بالموت ينتقل الالتزام من ذمة المورث إلى ذمة الورثة. لكن بالتأمل يظهر أن ما على المورث من التزامات يبقى بعد موته معلقاً بذمته وكان لصاحب الحق أن يستوفى حقه من التركة إذ حق الورثة لا يتعلق بها إلا بثلثى الباقى بعد سداد الدين إن كان هناك وصايا وإلا فكل الباقى لأن الله تعالى يقول ﴿... من بعد وصية توصون بها أو دين﴾ ولذا وجدت فى الفقه الإسلامى قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الدين» وهى قاعدة عامة، ولكن بالنسبة للدائن إذا مات فإن حقه قبل المدين ينتقل إلى ورثته، ويكون الموت سبباً من أسباب انتقال الحق دون شك. وعلى هذا يمكن للالتزامان يقسم إذا انتقل كحق إلى ورثة الدائن - راجع لنا الوصايا فى الفقه الإسلامى.

ولقد كان القانون الرومانى يجيز انتقال الالتزام من لمورث إلي الوارث سواء من ناحية الدائن أو المدين إذ كان يعتبر شخصية الوارث استمرارا لشخصية المورث، وكان القانون الفرنسى والقوانين التى تدور فى فلكه على هذا، غير أنه لما تبين للمشرع عندهم عدم عدالة القاعدة جنح ناحية قاعدة الفقه الإسلامى. راجع الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى جـ ٣ ص ٤١٣ - ٤١٦ لمحة فى التطور التاريخى لانتقال الالتزام.

(٢) الحوالة فى اللغة بمعنى التحول والانتقال من مكان إلى مكان، يقال تحول من مكانه انتقل منه، وحولت الشيء نقلته من موضع إلى موضع، والحوالة بفتح الحاء مأخوذة من هذا فأحلته بدينه نقلته رلى ذمة أخرى. المصباح والقاموس.

(٣) راجع تحرير الأحكام للحلى جـ ١ ص ٢٢٦ وعرفها بعض الأحناف بأنها نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم، وعرفها زفر بأنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين. فهى عنده كالكفالة. راجع الفتح جـ ٥ ص ٤٤٣ وما بعدها والعناية بالهامش، وابن عابدين جـ ٤ ص ٣١٨ والطحاوى على الدر جـ ٣ ص ١٦٧ وفى البدائع جـ ٦ ص ١٥ - ١٦ «الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته» والقانون فى المادة (٣١٥) عرف حوالة الدين بالتعريف المشهور عند الأحناف.

فقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية: بأنها نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى مشغولة بمثل ذلك نقلا تبرأ به الذمة الأولى، وهو مفاد مسلك الشافعية(١).

ولابد فى عقود الحوالة من وجود محيل وهو المدين، ومحال هو الدائن ويسمى محالا له أو محتالا له، ومحتال عليه أو محال عليه، وهو الطرف الثالث الذى ينتقل الدين إلى ذمته، ومحال به وهو ما كان مطلوباً من المدين، ولابد من وجود صيغة العقد التى توجد بها الحوالة والتى يعتبر الأحناف ركن العقد قاصراً عليها كسائر العقود. بخلاف غيرهم فإنهم يعتبرون كل هذه الأمور أركاناً، بل وزاد الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية ركناً آخر هو وجود دين للمحيل على المحال عليه.

ولا يشترط فى الصيغة التى تنعقد بها الحوالة عبارات معينة، وإنما تتم بكل ما يفيد نقل الدين من ذمة إلى ذمة، كما أن صيغة عقد الحوالة تقبل التنجيز والتعليق والاقتران بالشرط الصحيح على التفصيل الوارد فى موضعه من كتب الفقه، وعلى ضوء القواعد العامة التى ذكرناها قبل فى موضعها من نظرية العقد. أما الإضافة إلى الزمن المستقبل فظاهر عبارات الفقهاء عدم جوازها، إذ الحوالة تتضمن براءة المحيل من الدين، والبراءة لا تقبل الإضافة، وينقل صاحب الدر المختار(٢) «أن عقد الحوالة لا يصح تأجيله وإذا أجل انصرف التأجيل إلى الدين نفسه لا العقد».

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٥٢١، الدسوقى على الدردير جـ ٣ ص ٣٢٦، شرح الخطيب على أبى شجاع جـ ٣ ص ٩٣، المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٠٧. هذا والحوالة بوجه عام مشروعة بما روى فى السنة بروايات متعددة من أن الرسول عليه السلام قال: «من أحيل على ملئ فليحتل»، وظاهر النص يفيد إلزام قبول الدائن استيفاء حقه ممن أحاله على المدين ما دامت الحوالة صحيحة، وهذا ما أخذ به فقهاء الظاهرية وأكثر الحنابلة، أما الجمهور فقد صرفوا الأمر الوارد فى النص «فليحتل» عن ظاهره، وقالوا إنه يفيد الندب لا الوجوب.

(٢) الدر المختار وابن عابدين عليه جـ ٤ ص ٢٨م.

شروط صحة الحوالة: يشترط لصحة الحوالة أن يرضى بها المحال له اتفاقاً لأن حقه هو الذى ينتقل والذمم متفاوتة، واشتراط الأحناف ومن تابعهم بصحة الحوالة ولو لم يكن المحال عليه بحيث إذا قبلها مكرهاً فسدت الحوالة، لأن الحوالة إلزام له بحق لم يكن لازماً عليه، فما لم يلتزم به فلا قيمة لهذا العقد ما دامت ذمته بريئة من الأصل. الا ترى أنه سيصبح هو المدين والملتزم، ولذا فقد اتجه أكثر الحنفية والجعفرية إلى أنه لابد من تحقق رضاء المحال عليه فى مجلس عقد[1] الحوالة، ونحن نوافقهم فى هذا الاعتبار.

أما بالنسبة لمن يشترطون فى المحال عليه أن يكون مديناً بدين مماثل فإنهم لا يرون حاجة إلى رضائه لأن التزامه بالدين قائم، ولا يضره تبدل الدائن[2].

على أن المالكية يشترطون رضاءه فى حالة ما إذا كان بينه وبين المحال له عداوة وقت الإحالة كى لا يضار، ولذا فهم يشترطون إذا لم يتحقق الرضا الا يكون المحال عليه عدواً للمحال وقت الحوالة.

أما رضاء المحيل فيشترط الأحناف ومن تابعهم فى عدم اشتراط مديونية المحال عليه بمثل دين المحيل، وخاصة إذا كان المحال عليه غير مدين لأن ذوى المروءات قد يأبون أن يتحمل غيرهم دينهم فلابد من رضاه كما أنهم يشترطون ذلك

---

(١) ويرى بعض الأحناف عدم ضرورة تحقق رضاء المحال عليه فى المجلس، جاء فى الخانية: «لا يشترط حضور المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحال مدين دائنة على غائب ثم علم بالحوالة فقبل صحت».

(٢) وعلى هذا فإنه ينبغى أن يكون اشتراط رضاء المحال عليه قاصراً عند من أجاز الحوالة على غير المدين على هذه الحالة دون الحوالة على المدين بمثل الدين، وبذا لا يكون هناك خلاف فى عدم اشتراطه بالنسبة للمحال عليه المدين ويمكن استفادة هذا مما جاء فى الدر المختار وابن عابدين عليه جـ ٤ ص ٣١٩من أن «صاحب البحر قد استثنى من ذلك ما إذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضى، فإن لها أن تحيل زوجها ولو بغير رضاه» وواضح أن الزوج مدين لها بما حكم به القاضى وأمرها باستدانته عليه. ومع هذا فيمكن القول بأن إذن القاضى للزوجة بالاستدانة ضرورة وصولها للنفقة يفيد ان لها أن تتعجل نفقتها الحاضرة باستدانتها من الغير وإحالة الدائن على الزوج قبل أن تجب عليه. على أن هذا الاستنتاج لا يمنع من القول بأن السبب فى عدم اشتراط الرضا هو مشغولية الذمة لأن الزوج ذمته تصبح مشغولة بحكم القاضى.

في تقيد المحالة بالأداء من الدين الذى عليه للمحيل أو العين التى له حتى تبرأ ذمة المحال عليه، ونقل صاحب الدر[١] أن رضاء المحيل لا يشترط في صحة الحوالة وقال إنه المختار، وعلى هذا يصح أن ينعقد عقد الحوالة عندهم بعبارة المحال والمحيل تارة أو المحال والمحال عليه تارة أخرى.

أما غير الأحناف ومن تابعهم[٢] فإنهم يشترطون رضاء المحيل باختياره إذ يرون أن الحوالة لا تنعقد إلا بعبارة المحيل، ويلزم أن يكون الآخر هو المحال، ولا يشترطون رضاء المحال عليه على ما قدمنا.

كما اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون المحيل مديناً للمحال، وإلا كانت وكالة بالقبض إذ الحوالة نقل الدين[٣].

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣١٨.

(٢) وفى الدسوقى على الدردير جـ ٣ ص ٣٢٦ «فلا يشترط رضا المحال عليه على المشهور بل صحيحة رضى أو لم يرض إلا إذا كان بينه وبين المحال عليه عداوة سابقة على وقت الحوالة فلا تصح الحوالة حينئذ على المشهور وهو قول مالك». ويقول الدردير «ولا يشترط حضور المحال عليه وإقراره على أحد القولين الراجحين والثانى يشترط» ويقول الدسوقى «إنما اشترط حضوره وإقراره وإن كان رضاه لا يعتبر لاحتمال أن يبدى طعناً فى البينة إذا حضر أو يثبت براءته من الدين» وفى العقد المنظم للحكام بهامش التبصرة لابن فرحون جـ ١ ص ٢٧١ «ولا يشترط رضا المحال عليه عنه عند جميع العلماء، وكذا لا يشترط حضوره وعلمه على المشهور، وفى كتاب الاستغناء لا تجوز الحوالة على الغائب، وإن وقع ذلك فسخ حتى وإن كانت له بينة لأنه قد يكون للغائب عن ذلك براءة، وفى المشتمل لا تجوز الحوالة إلا على حاضر مقر» وهذا الكلام يقتضى أن ضميمة شرط حضور المحال عليه عند بعض المالكية وإقراره بالدين الذى عليه؛ وهذا لا يتعارض مع عدم اشتراط رضاه بالحوالة فإنه قد يجحد الدين.

وفى المختصر النافع للحلى فى فقه الشيعة الإمامية ص ١٤٢ «ويشترط رضا الثلاثة، وربما اقتصربعض على رضا المحيل والمحتال».

وفى المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٥٢٨ «قال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه وللشافعى فى اعتبار رضائه قولان: أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهرى لأنه أحد من تتم به الحوالة فاشبه المحيل، والثانى لا يعتبر لأنه أقامه فى القبض مقام نفسه، وفى ص ٥٢٧ يقول «إذا أحيل على ملىء لزم المحتال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما عندنا. أى الحنابلة».

(٣) وفى المغنى جـ ٤ ص ٥٢٤ «وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين»

واتفقوا أيضاً على اشتراط أن يكون الدين المحال به معلوماً لأن الحوالة تقتضى شغل ذمة المحال عليه والذمة لا تشغل بالمجهول[١].

واتفقوا لصحة الحوالة أن يكون كل من المحيل والمحال عليه عاقلين، كما اشترط الشافعية والحنابلة أن يكونا بالغين أيضاً. أما الأحناف والمالكية فإنهم وإن وافقوهم على اشتراط البلوغ لصحة الحوالة بالنسبة للمحال عليه إلا أنهم يرون البلوغ شرطاً للنفاذ بالنسبة للمحيل والمحال له إذ تنعقد حوالة الصبى المميز ومن حكمه موقوفة على إجازة وليه أو وصيه لأنها من العقود المترددة بين النفع والضرر بالنسبة لهما.

واشترط جمهور الفقهاء[٢] ـ من غير الأحناف ومن تابعهم ـ أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمثل ما أحال به عليه من دين جنساً وقدراً ووصفاً على أن يكون الدينان لازمين[٣] ومستقرين فى الذمة[٤]. على تفصيل فى ذلك بينهم، فالحوالة عندهم على غير مدين بمثل ما أحيل به لا تعتبر حوالة وإنما تكون كفالة إذا لم يكن المحال عليه مديناً، أو وكالة إذا لم يكن المحيل نفسه مديناً للمحال له[٥].

---

(١) ويضيف الشافعية إلى ذلك أن يكون المحال عليه عالماً بمقدار ما عليه من دين للمحيل أيضاً لاحتمال أن يكون قد نسيه قبل الحوالة ـ راجع الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ ٣ ص ٩٠.

(٢) غير أن الأحناف والجعفرية والزيدية إذ يجيزون الحوالة على غير المدين، وحتى إذا كان المحال عليه مديناً فإنهم لا يشترطون لصحة الحوالة أو نفاذها تساوى الدينين فى الوصف المبسوط جـ ٢٠ ص ٧٠، تحرير الأحكام للحلى جـ ١ ص ٢٢٨.

(٣) واشترط الأحناف أن يكون الدين المحال به لازماً فلا تصح الحوالة عندهم بدين الزكاة لأنه يقبل الإسقاط بموت المدين به.

(٤) وفسر صاحب الإقناع جـ ٣ ص ٩٢ الاستقرار بجواز الاعتياض عنه قبل قبضه فلا تصح الحوالة بدين السلم قبل قبضه.

(٥) غير أنه جاء فى كتاب العقد المنظم للحكام المطبوع بهامش التبصرة جـ ١ ص ٢٧٢ ـ ٢٧٣ «وإذا أحاله على من لا دين له عليه ورضى بذلك المحال عليه فذهب ابن القاسم إلى أنها حمالة بفتح الحاء وليست بحوالة وله الرجوع على المحيل، ومذهب ابن الماجشون أنها حوالة صحيحة... وقال ابن حارث: وعلى ذلك ينبنى الخلاف فى الذى تحمل عن ابنه الصداق بعد عقد النكاح فيبطل على مذهب ابن القاسم إن مات أو أفلس. وعلى مذهب ابن الماجشون فلا يبطل» وواضح أن هذا يفيد أن ابن الماجشون يجيز الحوالة إذا كان المحيل عليه غير مدين كما هو مذهب الأحناف، وأنه حينئذ يشترط رضاء المحال عليه كما اشترط الأحناف.

ويترتب على اشتراط الجمهور لذلك، أن مجرد قبول شخص للحوالة عليه يعد إقرارا منه بأنه مدين للمحيل بمثل ما أحيل به عليه من الدين، وأنه كان للمحيل قبل الحوالة أن يطالب المحال عليه بالدين وأن يلازمه بل وأن يحبسه[١] إذا ما توافرت لذلك شرائطه، وأن المحال عليه يصير بعد الحوالة بريئاً بمقدار ما أحيل به فتنقطع بذلك مطالبة المحيل له وتنقطع تبعاً لذلك ملازمته أو طلب حبسه لأنه أصبح غير مدين له.

أما عند الأحناف ومن تابعهم فلا يكون مجرد قبول المحال عليه للحوالة إقراراً بدين للمحيل إذ يجيزونها على غير مدين كما ذكرنا، ولم يترتب على الحوالة عندهم براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل إذا ما كان مديناً له سواء أكانت الحوالة مطلقة أم مقيدة بهذا الدين[٢].

واشترط المالكية في حال ما إذا كان المحال عليه مفلساً، علم المحال له بذلك إذا كان المحيل أيضاً يعلم ذلك عند الإحالة، رفعاً للتغرير، فإن لم يكن المحيل عالماً لا يضر جهل المحال له بذلك لعدم وجود التغرير[٣].

ومع هذا فإن الظاهرية يرون عدم صحة الحوالة إذا كان مفلسا لأنهم يشترطون لصحتها ملاءة المحال عليه أخذاً من قول النبي عليه السلام «من أحيل على مليء فليحتل» ويرى الجعفرية والزيدية أن الملاءة شرط لزوم لا صحة فيجوز للمحال له إذا علم بعد تمام الحوالة أن المحال عليه مفلس أن ينفرد بفسخ عقد الحوالة[٤].

---

(١) إذ الفقه الإسلامي يجيز حبس المماطل لوفاء ما عليه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالقرض وثمن المبيع أو التزامه بعقد كالمهر المعجل والكفالة. راجع الهداية والفتح جـ ٥ ص ٤٧١، وقيل يحبس أيضاً في كل عين يقدر على تسليمها كالعين المغصوبة.

(٢) راجع مذكرات الأستاذ الفاضل الشيخ على الخفيف في الحوالة ص ٨٠ ـ ٧١.

(٣) الدسوقي والدردير على خليل جـ ٣ ص ٣٢٩ ـ وفي كتاب العقد المنظم للحكام بهامش التبصرة جـ ١ ص ٢٨٢ «فإن أفلس المحال عليه قبل الإحالة ولم يعلم بذلك المحال فله الرجوع على المحيل، لا تلزمه الحوالة فإن انعقد في الوثيقة بعد معرفة المحال بملاءة المحال عليه وموضعه من المال فلا رجوع له بوجه وإن كان إفلاسه بعد الإحالة فلا كلام للمحال ولا رجوع بوجه».

(٤) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٠٩، تحرير الأحكام للحلى جـ ١ ص ٢٢٧، وفي المختصر النافع في فقه الإمامية ص ١٤٣ «ويشترط ملاءته وقت الحوالة أو علم المحتال بإعساره، ولو بان فقره رجع ويبرأ المحيل» وإن يبرئه المحتال، وفي رواية «لم يبرئه فله الرجوع».

ولم يشترط باقي الفقهاء ذلك إلا إذا كان الدائن «المحال له» عديم الأهلية أو ناقصها لأن وليه لا يملك أن يتصرف في ماله إلا بما فيه مصلحته على ما بيناه في الولاية.

صورة الحوالة: يرى جمهور الفقهاء،ومنهم الأحناف، أن الحوالة لابد لانعقادها من وجود طرفين أحدهما المحال له قطعاً لأن الدين حقه ولا ينبغي أن ينتقل من ذمة إلى ذمة إلا بموافقته، وخاصة أن الناس يتفاوتون في اليسار والرغبة في الوفاء، والطرف الثاني هو المحيل كما يرى جمهور الفقهاء الذين يرون أن عقد الحوالة لا ينعقد إلا بعبارته. وصورتها أن يقول المدين للدائن أحلتك بالدين الذي على فلان، أو يقول الدائن للمدين أحلني بالدين الذي عليك لي على فلان فيقبل، فإن عقد الحوالة ينعقد ولا حاجة إلى موافقة المحال عليه عند جمهور الأحناف ومن تابعهم لأن غير هؤلاء يشترطون في المحال عليه أن يكون مدينا للمحيل بالمثل على ما بينا.

أما الأحناف فإنهم يجيزون أن يكون الطرف الثاني في عقد الحوالة هو المحال عليه، بأن يقول للمحال له احتل بالدين الذي لك على فلان علي فيقبل. وهنا يرى بعض الأحناف ضرورة موافقة المحيل، وخاصة إذا لم يكن المحال مديناً له بمثل ما التزم بدفعه للمدين، وقد أجازوا هذا لأن بعض ذوي المروءات لا يقبلون لأحد منة عليهم، لكن البعض الآخر منهم لا يرى ضرورة اشتراط موافقته في هذه الحالة إلا لصحة رجوع المحال عليه بما أدى عنه، إذ التزامه بالدين وأداؤه من غير أمر المحيل أو موافقته يجعله متبرعاً في نظر المدين، أما إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل بمثل الدين المحال به فلا ضرر من عدم اشتراطه موافقته إلا أنه لا يكون مقيداً في الأداء بالدين عندهم، ولذا فإن جمهور الفقهاء الذين قصروا الحوالة على الصورة التي يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمثل ما أحيل عليه قدراً وجنساً ووصفاً لم يشترطوه.

أنواع الحوالة: يرى غير الأحناف أن الحوالة فيها معنى المعاوضة بين دينيين، لذا فهى عندهم عبارة عن استبدال دين بدين. ويقتضى هذا أن الحوالة لا تكون إلا إذا كان كل من المحيل والمحال عليه مديناً على ما ذكرنا، وعلى هذا فإن الوفاء يتقيد من مال معين هو ماله فى ذمته.

أما الأحناف وقد علمت أنهم يجيزون الحوالة على غير مدين أيضاً فإنهم بالتالى يجيزون وفاء الدين المحال به من أى مال يراه المحال عليه، كما يجيزون اشتراط الوفاء من مال معين له عند المحال عليه أو دين فى ذمته وعلى هذا فالحوالة عند الأحناف نوعان:

١ ـ حوالة مطلقة: إذا لم يكن الوفاء مقيداً بشيء، وهذه عند غير الأحناف فى الحقيقة كفالة لا حوالة.

٢ ـ حوالة مقيدة بشىء مما ذكر.

غير أنهم قالوا إن الحوالة المقيدة بالوفاء من الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هى الحوالة الحقيقية، أما المقيدة بالوفاء من عين سواء أكانت وديعة، أو مضمونة بأن كانت مغصوبة ببيع فاسد مثلا فإنهم لا يعتبرونها فى الواقع حوالة، وإنما يعتبرونها توكيلا من المحيل للمحال بقبض دينه مما له من مال عند المحال عليه، وتوكيلا أيضاً للمحال عليه بالأداء[1].

---

(١) وفى البداية والهداية للميرغينانى «ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فإن هلكت برئ ليقيدها بها فإنه ما التزم الأداء إلا منها، وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين. وحكم المقيدة فى هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال... وهذا لأنه لو بقيت مطالبته فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهى حق المحتال بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عقده»، وفى الفتح للكمال «فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام: مقيدة بعين أمانة، وبعين مضمونة، وبدين خاص» ثم يقول بعد ذلك «ومن أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين أنه لو أبرأ المحتال عليه صح الإبراء، وكان للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه، ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثة المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه، الهبة والإرث من أسباب الملك...، راجع فتح القدير جـ ٥ من ٤٥٠ ـ ٤٥١ وراجع مذكرات الحوالة للأستاذ الفاضل الشيخ على الخفيف ـ وفى الوسيط للدكتور السنهورى جـ ٣ ص ٤٢٠=

حكم الحوالة: يرى جمهور الفقهاء أن حكم الحوالة نقل الدين والمطالبة معاً من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، أى أنها تفيد براءة ذمة المحيل. ونقل الكاسانى أنها عند زفر لا توجب براءة المحيل، أن الحق فى ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها، وفى ابن عابدين والدر المختار أن محمد بن الحسن يقول إن الحوالة تنقل المطالبة لا نفس الدين.

غير أن الأحناف يرون أن الحوالة إذا كانت مطلقة فإن ذمة المحيل تبرأ من دين المحال براءة مشروطة بسلامة الدين للمحال سواء أكان المحال عليه مديناً للمحيل أو تحت يده مال له، أو لم يكن شيء من ذلك. ويصبح المحال عليه بعد الحوالة مديناً للمحال كما يبقى فى ذمته أيضاً دين المحيل إن كان هناك دين ولم تقيد الحوالة به، ويكون للمحيل أيضاً على المحال عليه ما كان له قبل الحوالة من حق المطالبة وملازمته وطلب حبسه، إذ الحوالة المطلقة لا تؤثر على شيء من ذلك، ومع هذا فيجوز للمحال عليه الرجوع على المحيل بما أدى عنه وأن يلازمه ويطلب حبسه إذا فعل معه المحال ذلك ما دامت الحوالة بأمر المحيل وموافقته، أما إذا كانت الحوالة مقيدة بالوفاء من الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه، أو عين له طرفه فإن حق المحال تعلق بهذه العين أو بالدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه،فلا يحق للمحيل مطالبة المحال عليه بوفاء ذلك الدين أو تسلمه العين

= «والمحال عليه هو الذى يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة، فإن كان هذا الأجنبى مديناً للمدين أو كان فى يده له وديعة أو عين مغصوبة وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الأجنبى فهذه هى الحوالة المقيدة وهى أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق..» غير أن الدكتور السنهورى أشار بهامش ص ٤٢١ بعبارة تفيد قصر الحوالة المقيدة عند الأحناف على ما إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه إذ يقول «فى المذهب الحنفى لا تكون الحوالة مقيدة إلا إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه فإذا لم يقيد الحوالة به كانت مطلقة رغم مديونية المحال عليه للمدين». وهذه العبارة تفيد أن الحوالة المقيدة عند الأحناف لا تكون إلا فيما تقيد المحال عليه فيها بالأداء من الدين الذى عليه للمحيل مع أنها عندهم - كما هو مذهبهم الذى بيناه والذى نقله سيادته أيضاً عنهم - أوسع دائرة من ذلك إذ تشمل ما إذا قيده بالوفاء من وديعة له عنده، ولا يبرر الحصر فى التقييد بالأداء من الدين أنه هو الأكثر.

محافظة على حق المحال، ومع هذا فإن ذمة المحيل تبرأ من دين المحال براءة مشروطة بسلامة الدين للمحال بحيث إذا هلكت العين التى للمحيل فى يد المحال عليه برأت ذمة المحال عليه من الحوالة لأن يده يد أمانة والأمين لا يضمن، وبقيت ذمة المحيل مشغولة بالدين والمطالبة.

كما أن حكم عقد الحوالة من ناحية أخرى أنه لازم لا يملك أحد أطرافها أن ينفرد بفسخه ما دام العقد مستوفياً شروط الصحة، ومع هذا فهى من العقود القابلة للفسخ بالاتفاق، وهنا لابد فى الإقالة من عقد الحوالة من اتفاق المحيل والمحال له[1]، كما تنتهى الحوالة أيضاً بالتوى، وإذا حدث شىء من هذا عادت المطالبة إلى المحيل[2]، وقال الشافعى: إن الحوالة لا تنتهى بالتوى. ولا تعود المطالبة إلى المحيل[3].

ويترتب على مسلك الأحناف ومن نحا منحاهم جواز رجوع المحال عليه على المحيل إذا كانت الحوالة مطلقة وبأمر منه، وقام بالوفاء أو تملكه هو بأى سبب، كأن يهبه أو يرثه وحده، أما جمهور الفقهاء فمسلكهم ينتج أنه لا يحق للمحال عليه أن يرجع على المحيل بما أدى عنه لأنهم يشترطون أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمثل ما أحيل عليه به، فالمسألة عبارة عن استبدال دين بدين.

بقى أن نقول إن المقاصة الجبرية[4] لا يمكن أن تجمع مع الحوالة، إلا إذا ثبت للمدين الأصلى مثل هذا الدين بعد الحوالة. ثم انتهت بالتفاسخ وعاد الدين

---

(١) ولا يشترط رضا المحال عليه إذ لا ضرر عليه من إقالة الحوالة، بل إن ذمته تبرأ بذلك من التزام انتقل إلى ذمته. راجع، مذكرات الأستاذ الشيخ على الخفيف فى الحوالة لطلاب دبلوم الشريعة ص ٤٠.

(٢) وفى العقد المنظم للحكام بهامش التبصرة جـ ١ ص ٢٧٢ «فإن أحاله بثمن ما باعه ثم رد المبيع بعيب أو استحقاق فإن الحوالة تنفسخ عند أشهب واختار ذلك الأئمة ولا تنفسخ عند ابن القاسم وتمضى ويرجع المشترى على البائع»

(٣) راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى ص ٦١.

(٤) والمقاصة الجبرية تقع بنفسها بمجرد أن يتلاقى الدينان المتحدان جنساً وصفة وحلولا دون توقف على تراضيهما ولا على طلب من أحدهما، ومن هذا النوع الحسابات الجارية فى المصارف فصاحب الحساب فى الحقيقة دائن ومدين بما يسحبه فتحصل المقاصة الجبرية على ما سيأتى فى المبحث الثانى. راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى ص ٢٢ وما بعدها.

الذى انتقل إلى ذمة المحيل فإن المقاصة الجبرية تقع، إذ قد أصبح هذان الدينان متلاقيين تلاقياً حقيقياً، وكذلك يكون الحكم إذا فسخت الحوالة بالتوى كما هو المذهب الحنفى.

لكن ما رآه زفر وما نقل عن محمد بن الحسن من أن الذى ينتقل بالحوالة هو المطالبة فقط مع بقاء الدين فى ذمة المحيل، فإن المقاصة تقع بين هذا الدين وبين الذى يثبت للمحيل على دائنه بعد الحوالة، إذ انتقال المطالبة لا ينفى الواقع من بقاء الدين فى ذمة المحيل(١).

القانون وانتقال الحق: القانون(٢) يطلق الحوالة على أمرين: حوالة الدين، وحوالة الحق، وسنتناول أولا الكلام عن حوالة الدين، ثم نتبع ذلك الكلام عن حوالة الحق، نبين موقف الفقه الإسلامى فيها باعتبار أنها مصدر لانتقال الحق.

أولا ـ حوالة الدين: حوالة الدين هى أن يحل المدين الجديد محل المدين الأصلى فى نفس الالتزام قبل الدائن، والأصل فيها أن تكون بالاتفاق بين المحيل والمحال عليه الذى يريد أن يتحمل عنه الدين م ٣١٥، لكنها لا تنفذ فى هذه الحالة

---

(١) المرجع السابق ص ٦١.

(٢) انتقال الالتزام بمقوماته وخصائصه بين الأحياء، سواء أكان من دائن أو مدين، لم يعرفه القانون الرومانى، إذ كانت الفكرة التى تصور الالتزام رابطة شخصية، ويكون الالتزام طبقاً لها علاقة بين شخص الدائن وشخص المدين، وعلى هذا فلا يجوز نقل الحق أو الدين إلا عن طريق إنشاء التزام جديد بمقومات وخصائص جديدة، فالقانون الرومانى لم يكن يعرف الحوالة بنوعيها. وفقهاء القانون الفرنسى قديماً خرجوا على أحكام المذهب الشخصى، واهتموا بالقيمة المالية للالتزام، وأجازوا حوالته من دائن إلى آخر «حوالة الحق» وفى منتصف القرن التاسع عشر قوى شأن المذهب المادى للالتزامات، فاعترف فقهاء القانون بإمكان حوالة الالتزام من مدين إلى مدين «حوالة الدين»، وظهر أثر ذلك فى القوانين الحديثة، وعلى هذا النهج صدر القانون المصرى الجديد، فقد شملت مواده (٣٠٣ ـ ٣١٤) حوالة الحق، كما شملت مواده من (٣١٥ ـ ٣٢٢) حوالة الدين. راجع الوسيط للدكتور السنهورى جـ ٣ ص ٤١٣ ـ ٦٣٤، أحكام الالتزام للدكتور سليمان مرقص ص ٣٩٩ وما بعدها، أحكام الالتزام للدكتور محمد سامى مذكور ص ١٦٨ ـ ١٨٥.

إلا إذا أقرها[1] الدائن «المحال» م ٣١٦، وحتى تصدر هذه الموافقة كان من حقهما أن يعدلا عنها أو يعدلا فيها.

ومع هذا فيجوز أن تكون الحوالة باتفاق الدائن «المحال» والمحال عليه، الذى سيتحمل بالالتزام على أن يحل الأخير محل المدين الأصلى فى الالتزام ١/٣٢١، فينتقل الالتزام دون توقف على رضاء المدين الأصلى وينتقل نفس الدين من المدين إلى المحال عليه محملا بالدفوع[2] التى كان للمدين أن يتمسك بها م ٣٢٠، وكذا فإنه ينتقل بكل توابعه[3] م٣١٨، كما أنه ينتقل بأوصافه وصفاته مضافاً إلى اجل أو معلقاً على شرط م٣١٨، ويترتب على الحوالة فى هاتين الصورتين براءة ذمة المدين الأصلى من الدين دون توقف على النص على ذلك، ويكون الإبراء من وقت انعقاد الحوالة، فينسحب الإقرار فى الصورة الأولى ليوم الاتفاق، غير أنه إذا تمت الحوالة باتفاق المحيل والمحال عليه يشترط أن يكون المحال عليه موسرا وقت إقرار الدائن للحوالة ما لم يحدث اتفاق على غير ذلك، فإذا ظهر أنه كان وقتها معسراً حق للدائن أن يرجع بالدين على المدين الأصلى م(٣١٩).

(١) فإذا اقرها صراحة أو ضمناً بأن قبض دينه من المحال عليه بصفته مديناً لا وكيلا أو فضولياً نفذ الاتفاق فى حق الدائن وانتقل الالتزام وبرات ذمة الأصيل، أما إذا رفضها فإنها لا تنفذ فى حقه، ولا ينتقل الدين إلى المحال عليه، بل يبقى أثرها مقصوراً على طرفيها، ويكون للمدين عند مطالبة الدائن «المحال» أن يطالب المحال عليه - ما دام قد وفى التزاماته نحوه بمقتضى عقد الحوالة - بتنفيذ تعهده بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (م٣١٧)، أما إذا سكت الدائن فإنه يحق للمدين أو المحال عليه أن يطبق الحوالة له، وأن يضرب له أجلا لتحديد موقفه منها؛ فإن استمر فى سكوته اعتبر ذلك رفضاً للحوالة (م٢/٣١٦)، إلا إذا كان المدين مضموناً برهن رسمى، وباع المدين العين المرهونة، واتفق مع المشترى على حوالة الدين عليه، وتسجل العقد، وأعلن الدائن رسمياً، تعين عليه فى ميعاد لا يتجاوز ستة اشهر أن يقرها أو يرفضها، فاذا انقضى الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقرارا (م٣٢٢).

(٢) كالدفع ببطلان العقد الذى هو مصدر الدين والدفع بحق حبس الدين.

(٣) ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة (م٣٠٨/٢).

وبمقارنة حوالة الدين مع ما قاله فقهاء الأحناف فى الحوالة يتبين لنا أنها حوالة دين أيضاً. وأن القانون لم يخالف الفقه الإسلامى كثيراً فيها وأنه يتفق معه فى الجملة.

ثانيا ـ حوالة الحق: وهذه يعرفها فقهاء القانون بأنها اتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد وهو المحال له، بمقتضاه يحل الثانى محل الأول فى حقوقه قبل المدين(١)، وتكون بالاتفاق بين المحيل والمحال له، ويتم عقدها بمجرد تراضى طرفيها (م٣٠٣) ويجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين.

فيحق لمشترى الشيء قبل أن تنتقل إليه ملكيته أن يحول حقه فيه إلى من يرغب فى شرائه منه ويحق للمستأجر أن يحول حقه الناشئ عن الإجارة إلا أن هناك أحوالا استثنائية يمتنع فيها على الدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر م٣٠٣، وكذا فإنه لا تجوز حوالة الحقوق التى يتفق فيها الدائن والمدين على عدم جواز تحويلها، ولا الحقوق التى لا يجيز القانون الحجز عليها م٣٠٤، ومتى تراضى طرفا الحوالة عليها وكان كل منهما أهلا للتعاقد سليم الإرادة انتقل ذات الحق من المحيل إلى المحال له بكل توابعه (م٣٠٧)، كما ينتقل محملا بالدفوع التى كانت للمدين وبجميع أوصافه وصفاته مؤجلا أو معلقاً، أى أن المحال بالحوالة أو قبولها يلزمه الوفاء للمحال له دون المحيل (م٣٠٥) هذه فكرة عامة موجزة عن حوالة الحق فى القانون.

موقف الفقه الإسلامى من حوالة الحق: بتتبعنا لما كتب فى المذاهب لم نعثر على من عقد فصلا خاصاً بحوالة الحق، بل ولا من أوردها قسما عند الكلام عن

---

(١) والغرض من حوالة الحق فى الغالب نقل ملكية الحق من المحيل للمحال له إما بيعاً أو هبة وفاء بدين للثانى على الأول أو قسمة أموال مشتركة، وأثر الحوالة على الالتزام الأصلى لا يتغير بتغير الغرض المقصود منها ـ راجع أحكام الالتزام للأستاذ للدكتور محمد سامى مدكور ص ١٧٠ ـ ١٨٨ والوسيط للأستاذ للدكتور السنهورى جـ ٣ ص ٤٤٢ ـ ٥٥٢.

الحوالة، وكل ما هنالك أن بعض الأحناف يذكر هذه الكلمة فى صدد المنع كما يقول صاحب الجوهرة[١] تعليقاً على عبارة القدورى «الحوالة جائزة بالديون» فيقول: «قيد بالديون احترازاً عن الأعيان والحقوق فإن الحوالة بها لا تصح، وإنما تختص بالديون لأنها هى التى تنتقل من ذمة إلى ذمة».

ثم ينقل صاحب الدر المختار[٢] عبارة المنع عن كتاب الجوهرة بدون ذكر العلة ويرتب عليه عدم جواز الحوالة فى بعض صور تنتقل فيها الحقوق من ذمة إلى ذمة كحوالة الغازى بحقه من غنيمة محرزة، وحوالة المستحق بمعلومه فى الوقف على الناظر. وينسب هذا التفريع إلى صاحب النهر ثم يذكر عنه مناقشة هذا المقام، ويقول: إن هذا المنع يظهر فى الحوالة المطلقة دون المقيدة، ويقول: إن الحوالة المقيدة ينبغى أن تصح كما يراه صاحب البحر، ويمثل صاحب البحر لها بمال الواقف فى يد الناظر فإنه ينبغى أن يصح كالحوالة على المودع. معللا ذلك بأنها مطالبة، ثم يقول صاحب الدر «ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة».

ويرى ابن عابدين أن هذه الجزئيات راجعة فى الحقيقة إلى حوالة الدين ولا كلام فى صحتها، وأما حوالة الحق فإنه يرى تأييد كلام صاحب الجوهرة فى عدم صحتها على مذهب الأحناف، وعلى ذلك فليس هناك نقل - كما يرى - يفيد القول بصحة حوالة الحق.

ويتردد الكتاب المحدثون فى النقل عن الأحناف فى هذا المقام، فيقول بعضهم: إن الأحناف يمنعون، ويستندون فى دعوى المنع إلى أنه بيع الدين لغير من عليه الدين وهو باطل عند الأحناف، ويقول بعضهم إن ذلك من قبيل بيع الكالئ بالكالئ[٣] وهو باطل لحديث الدارقطنى من أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى

---

(١) الجوهرة على القدورى جـ ١ ص ٣٨٠.

(٢) الدر المختار وابن عابدين عليه جـ ٤ ص ٣٢٠ - ٣٢١.

(٣) قيل فى تفسيره إنه بيع الدين بالدين.

عن بيع الكالئ بالكالئ، وقد نقل الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم[١] طعوناً فى سند هذا الحديث، ونقل عن صاحب نيل الأوطار الإجماع على منع بيع الدين بالدين وناقش دعوى الإجماع بأنها دعوى ينقصها الدليل، ثم قال إن خلاصة الكلام فى حوالة الحق: أنها عقد بين اثنين فيه كل واحد من المبيع والثمن دين، وقد يكون المبيع غير دين فيستوفى المشترى من غير البائع. ولا يشترط رضا المحال عليه لأنه محل استيفاء لا دخل له فى العقد، ويقول: إنه يمكن القول باستثناء حوالة الحق من الحديث إن صح سنده للضرورة وتيسير التعامل على الناس.

ولعل هذا المسلك هو الذى دعا الأستاذ الدكتور السنهورى أن يقول[٢]: إن مذهب مالك يقر حوالة فيما يسميه هبة الدين وبيع الدين، وينقل عن كتابى التحفة والمدونة[٣]: أنه يشترط لجواز بيع الدين لغير من هو عليه حضور المدين وإقراره[٤] وأجاز ابن القاسم شراء الدين على الغائب، كما يشترط تعجيل الثمن حتى لا يكون بيع دين، ويشترط ألا يكون المبيع طعاماً غير مقبوض، وأن يبيعه بغير جنسه، وألا يكون المشترى عدواً للمدين ليقصد بشراء الدين إعناته، ثم يقول إن المذاهب الثلاثة الأخرى لا تقر حوالة الحق استنتاجاً من أنها لا تجيز بيع الدين إلا ممن عليه الدين، وأن فى المذهب الحنفى حيلا تحقق كثيراً من الأغراض التى يراد الوصول إليها من وراء حوالة الحق، كما أن هناك رأيا فى المذهب الشافعى يجيز بيع الدين من غير المدين بشرط قبض الدين والثمن فى المجلس، وهذا كما يبدو

(١) فى مذكراته عن الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام فى الشرع الإسلامى ص ٢١٩.
(٢) الوسيط جـ ٣ ص ٤٣٤ ـ ٢٣٦.
(٣) التودى على التحفة جـ ٢ ص ٤٧، المدونة جـ ٩ ص ١٢٨ ـ ١٣٠.
وقريب مما جاء بالتحفة والمدونة ما جاء فى كتاب العقد المنظم للحكام بهامش التبصرة جـ١ ص ٢٦٦ من جواز بيع الدين عيناً كان أو عروضاً بما يجوز أن يباع به إذا كان الذى عليه الحق حاضراً مقراً، ولا يكون الثمن فى ذلك إلا معجلا لئلا يكون ديناً فى دين وألا يكون المبيع طعاماً قبل قبضه، وألا يكون من عليه الحق غائباً، مع اختلاف فى ذلك بين المالكية.
(٤) وهذا لا يستلزم رضاه كما أشرنا فى حوالة الدين.

بيع محض عجل فيه الثمن وسلم المبيع. كما أن ابن تيمية وابن القيم فى الفقه الحنبلى يذهبان إلى جواز بيع الدين بالدين ولو بثمن مؤجل، وظاهر أنهما لم يأخذا بحديث النهى عن بيع الكالئ بالكالئ لضعف سنده، ومن جهة أخرى فإن مذهبهما ينقض الإجماع الذى ادعاه الإمام الشوكانى وأشار إليه الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم.

كما أن الأستاذ الدكتور شفيق شحاته[١] يرى أن حوالة الحق جائزة حتى فى الفقه الحنفى، وبنى رأيه على بعض جزئيات نقل بعضها عن البدائع، وبعضها عن شرح الجامع الصغير تصرح بلفظ الحوالة، بشأن تحويل بعض الحقوق[٢].

ومما تقدم يبين لنا أن مجموعة هذه الآراء تتجه إلى الربط بين حوالة الحق وما قاله الفقهاء فى بيع الدين أو هبته، وقالوا إن من يذهب إلى منع بيع الدين أو هبته بإطلاق يلزم على مذهبه منع حوالة الحق، ومن ذهب إلى جوازه بقيود يلزم على مذهبه جواز حوالة الحق فى حدود هذه القيود. ومن أجازه إطلاقاً لزم على مذهبه إجازة حالة الحق دون قيد.

لكنا قد وقفنا على مسلك انتحاه الأستاذ مصطفى الزرقا[٣] يعجبنا فى جملته إذ يرى أن الفقه الإسلامى بوجه عام يقر حوالة الحق بأن يحيل الدائن سواه على

---

(١) فى محاضراته فى القانون المدنى ص ٥٦ ـ ٦٤.

(٢) وقد نقل ذلك وناقشه الزميل الأستاذ عيسوي أحمد مناقشة معقولة ترجع في جملتها إلي أن الأحناف أنفسهم ومنهم ابن عابدين صرحوا بأن التعبير بلفظ الحوالة في أمثال هذه الجزئيات تعبير مجاري، وأن لفظ الحوالة مستعمل فى الوكالة مجازاً، وقد أيد ذلك بأن للحوالة صفات لا تتحقق في أمثال هذه الجزئيات، وقال إن الشريعة لا يضيرها الا يجيز الفقه الحنفى حوالة الحق ما دام غير الاحناف يجيزونها لكن باسم بيع الدين أو هبته. راجع الأزهر العددين ٩، ١٠ من السنة السابعة والعشرين.

(٣) الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد جـ ٢ ص ٦٦ ـ ٧١ ويبدو أن الأستاذ الزرقا يعتمد فى كلامه هنا على المذهب الحنفى لأنهم هم الذين ذكروا اشتراط رضا المحال عليه عندهم. على أننا قد ناقشنا هذا فى هامش اشتراط الرضا بما يفيد أنه ينبغى عدم اشتراطها عندهم إلا فى الحوالة المطلقة وهذه بعيدة عن حوالة الحق.

الدين، كما أقر حوالة الدين بأن يحيل المدين الدائن على غيره، ثم يجزم بأن الفقهاء جوزوا حوالة كل من الحق أو الدين إلى شخص ثالث بالتراضى، وأن ذلك داخل فيما يسمى بالحوالة المقيدة، ويقول: إنه لا علاقة بين البيع - سواء أكان بيع دين بدين أو غيره - وبين الحوالة مطلقاً، فاعتبار بيع الدين بالدين حوالة حق، مما لا مبرر له.

ويفرق بين البيع والحوالة من وجهين: فمن حيث الرضا والقبول تتوقف الحوالة على رضا المحال عليه، ولا يكفى فيها الاتفاق بين المدين (المحيل) والدائن (المحال)، بخلاف البيع فإنه لا يتوقف على رضا غير البائع والمشترى، فلو صح بيع الدين من غير من عليه الدين لتم ذلك دون علمه ورضاه، فيصبح ملتزماً رغماً عنه تجاه دائن أجنبى.

ويفرق بينهما ثانياً من حيث الأثر المترتب فإن البيع ينشأ عنه ملك بات بخلاف الحوالة فإن الانتقال فيها معلق على المصير والنهاية.

ونحن نوافق على أن نتجه إلى أن الحوالة غير بيع الدين، وإنما هى تصرف آخر يرجع إلى نقل المطالبة من دائن إلى آخر، ونناقشه فى موضوع التراضى، ولا سيما فى حوالة الحق التى لا تتحقق إلا فى الحوالة المقيدة حسب اتجاهه، ولابد فيها أن تكون ذمة المحال عليه مشغولة، وعند ذلك لا يشترط الفقه رضاه.

فالمتجه عندنا أن حوالة الحق صحيحة لا نرى ما يمنع منها فى الشريعة الإسلامية، ولا سيما أن فيها يسراً بذلك التحويل فى كثير من الأحيان، وقد أوردنا فى صدر الكلام عن الحوالة فى الفقه الإسلامى نوعاً من حوالة الحق ليس محل اختلاف أو شك، وهى حوالة الحق بسبب الموت، وأما بالنسبة إلى الأحياء فإننا بناء على الاتجاه السابق نستطيع أن نذهب إلى القول بأن الفقه الإسلامى بمذاهبه المعروفة لا يمنع حوالة الحق ولا يأبى اعتبارها، ولا نرى بعد فصلها عن بيع الدين أن فى قواعد الشرع ما يمنع من صحتها.

المبحث الثانى

إنقضاء الحق

ينقضى الحق باستيفاء صاحب الحق حقه ممن عليه بأدائه اختياراً أو بواسطة التنفيذ القضائى أو الظفر بجنس الحق أو باستبدال الدين بشىء حال أو بدين آخر أو باتحاد الذمة أو المقاصة، كما ينقضى الالتزام دون حدوث الوفاء أو ما يقابله وهذا عندما يبرئ صاحب الحق الملتزم أو يسقط حقه قبله، وكذا عند استحالة تنفيذ الالتزام. ويضيف القانون إلى ذلك أمراً آخر هو مضى المدة.

وسنكتفى هنا ونحن فى خاتمة الكتاب بأن نعرض الموضوع عرضاً سريعاً جامعين له فى مطلبين: انقضاء الحق بالوفاء أو ما يعادله، وانقضاء الحق دون وفاء.

المطلب الأول

انقضاء الحق بالوفاء أو ما يعادله

أولا - الوفاء:

الوفاء هو الطريق الطبيعى لتخلص الملتزم، وحقيقته كما يرى الفقهاء أنه عبارة عن عقد يبيع فيه الملتزم ما يؤديه للدائن فى مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به، وقد حث الشارع على الوفاء بكل التزام[1] مشروع سواء أكان يقابله التزام آخر كما فى البيع والإجارة والزواج، أم لا يقابله شىء كالنذر[2].

---

(١) فى أكثر من موضوع يقول الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ ويقول ﴿وأوفوا بالعهد﴾ ويقول ﴿وليوفوا نذورهم﴾ ويقول الرسول «من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى».

(٢) وفى الاختيار شرح المختار جـ ٣ ص ٣٤ مطبعة الحلبى سنة ٣٦ «إذا كان نذراً معلقاً على شرط فالطرفان يريان أنه يجزئه عن الوفاء كفارة اليمين إذا كان شرطا لا يريد وجوده كقوله إن كلمت فلاناً أو دخلت داره فعلى صدقة ما أملك، واختاره بعض المشايخ للبلوى والضرورة، ولأن فيه معنى اليمين، ولو كان شرطاً يريد وجوده كقوله إن شفى الله مريضى، لا يجزيه إلا الوفاء بما سمى إذ ليس فيه معنى اليمين»

والوفاء يتحقق بإيفاء صاحب الحق حقه كاملا ممن عليه الحق على الوجه الذى يجب أن يستوفيه به إلا إذا كان المدين بالحق معسراً فإنه يصح الاجتزاء ببعض المطلوب كما يصح الصلح عن أخذ بعض الحق وإسقاط الباقى، ويفسره الميرغينانى[1] «بأنه استيفاء لبعض الحق وإسقاط لباقيه»، وسيان فى هذا أن يكون الحق خالصاً لله كالصلاة وصدقة الفطر والعشور والخراج وحد الزنا والكفارات، أو يكون الحق مشتركا يظهر فيه حق الله وحق العبد كالقصاص وحد القذف، أو يكون الحق خالصاً للعباد بأن وجب فى ذمة الغير نتيجة عقد أو التزام أو استهلاك[2]، كثمن المبيع فى عقد البيع وأجرة المنفعة فى عقود الإجارة، وكذا بدل المتلفات وأداء بدل الدين فى عقود القود والقرض، وإعارة العين لصاحبها فى عقود الوديعة والعارية إلى غير ذلك مما يستوجب حقاً فى الذمة يلزم الإنسان أداؤه(٣)، معجلا أو مؤجلا إلى أجل معلوم، بإيجاب من نفسه أو بإيجاب من الشارع، فكل هذه الحقوق تتأدى وتبرأ ذمة من عليه الحق إذا أداه الملتزم بنفسه أو بالإنابة فيما تجوز فيه الإنابة على الوجه الذى يجب أن يكون عليه، على أنه يصح فى الحقوق الشخصية الوفاء عن الغير دون أن يكون لمن قام بالوفاء حق الرجوع على المدين بما وفى لأنه متبرع، إلا أن الدائن من حقه الا يقبل الوفاء من غير المدين.

---

(١) الهداية جـ ٣ ص ١٥٩.

(٢) راجع ابن عابدين جـ ٤ ص ١٨٧.

(٣) يقسم الأصوليون الواجب من حيث تقديره وتحديده إلى واجب محدد لا تبرأ الذمة إلا بأدائه كاملا بمقداره الذى حدده الشارع وعينه كالصلوات الخمس وصوم رمضان وزكاة الأموال والنذر إذا كان محدداً وثمن الشيء المشترى وأجرة الأجير وما إلى ذلك من كل ما يلزم تعيين الواجب فيه، ويثبت ديناً فى الذمة ولا تبرأ ذمة المكلف إلا بأدائه أو إسقاط المطالبة به. وواجب غير محدد وهو ما طلبه الشارع بغير تحديد كالعدل والإحسان والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وغير ذلك مما لا يثبت ديناً فى الذمة. راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين ص ٨٩.

والوفاء فى الحال من العقود يتحقق بالقبض فى المجلس قبل الافتراق لأن الحلول هو الأصل وخاصة بالنسبة للعقود، وأن الأجل لا يثبت إلا بالنص عليه(١)، ويتحقق الوفاء فى المؤجل بالوفاء عند حلول الأجل(٢).

---

(١) غير أن عقد الصرف لا يكون الوفاء فيه إلا حالا فى المجلس حتى لو نص على تأجيله، لقول الرسول عليه السلام «الذهب بالذهب مثلا بمثل يداً بيد» ولقول عمر «لا تبيعوا أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يداً بيد هات وهات».

وعلى العكس من ذلك فإن عقد السلم لا يمكن فيه الوفاء بالبدلين فى مجلس العقد ولابد من تأجيل السلعة وتعجيل الثمن وأدائه عند التعاقد.

ولا خلاف فى صحة التأجيل إلى أجل مجهول كالحصاد وخلافه، ونقل ابن عابدين عن الخانية جـ ٤ ص ٥ ـ ٦ «إن باع شيئاً بيعاً جائزاً وأخر الثمن إلى الحصاد ونحوه يفسد البيع فى قول أبى حنيفة، وعن محمد لا يفسد لأن التأخير بعد البيع تبرع» ثم نقل أن الرواية المحفوظة بأنه لو باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى الحصاد لا يفسد ويصح الأجل.

(٢) وفى الدر المختار جـ ٢ وابن عابدين جـ ٤ ص ١٨٧ أن كل ما يصح تأجيله من الديون لا تحق المطالبة به قبل الأجل الأخير وأن كل الديون يصح تأجيلها عدا بعض مسائل مستثناة كبدل الصرف وبدل السلم.

وفى كتاب العقد المنظم للحكام بهامش تبصرة ابن فرحون جـ ١ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٨ وانقضاء الديون مختلف، فأما قبل الأجل فلا يجوز أن يأخذ إلا الذى عليه فى الجنس والصفة والقدر... سواء أكان الدين من قرض أو سلم أو غير ذلك أى نوع كان. الحكم فى ذلك واحد... وأما بعد الأجل فإن كان عيناً فله أن يأخذ صرفه خلافاً لأشهب، فيأخذ عن الدنانير دراهم وعكسه وله أن يأخذ أقل أو أكثر ودون صفته أو أجود أو عرضاً...... وأنزل أهل الذهب الزيادة فى الوزن إذا كان التعامل بالعدد منزلة الزيادة فى الصفة فأجازوا ذلك على الإطلاق، فإن كان التعامل بالوزن فكانت الزيادة فى الوزن أو كان التعامل بالعدد فكانت الزيادة فى العدد فى ذلك ثلاثة أقوال: لا يجوز إلا فى المقدار اليسير جداً، لا يجوز إلا فى مقدار الدينارين والثلاثة فى المائة ونحو ذلك ما لم يكثر، جائز على الإطلاق كالزيادة فى الصفة وهو قول ابن حبيب... وإذا كان الفضل بشرط أو عادة منع باتفاق».

وإن لم يكن عيناً فإما أن يكون من قرض أو سلم فإن كان من قرض فله أن يأخذ فيه ما شاء من الطعام والعروض والدنانير والدراهم وغيرها إذا تعجل ذلك وانتقد، وإن كان من سلم يجوز له أن يسامحه فى الصفة... إذا لم يخرج عن الجنس الذى له عليه والكيل، وقال بعض المتأخرين لا يجوز أن يأخذ منه فى السلم غير جنسه إلا بثلاثة شروط. أن يكون المسلم فيه مما يجوز بيعه قبل قبضه، وأن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال، وأن يكون مما بالمسلم فيه يداً بيد.

هذا ويصح الوفاء من القاصر المميز كما يصح الوفاء له، غير أن المدين لا يبرأ ما لم يستفد الموفى له من هذا الوفاء، ويشترط لبراءة ذمة المدين أن يكون الوفاء للدائن أو نائبه وإلا لم تبرأ ذمته.

ومحل الوفاء هو مكان التعاقد، ويستثنى من ذلك الوفاء فى عقد الوديعة فإن الوفاء فيه يكون فى محل من عنده الوديعة، على أن الفقهاء أجازوا استحسانا الوفاء فى محل صاحب الحق إذا تم الاتفاق على وجوب تسليم العين فيه، كما أجازوا استحساناً أيضاً الاتفاق على مكان معين يدفع فيه الثمن، وقد منعوا حصول مثل ذلك فى القرض فراراًمن شبهة الربا مع استثناء مسألة السفتجة(١).

ويحق لصاحب الحق فى كل أن يؤجل له الدين وإلا حق له التقاضى به وجاز للقاضى حبس من عليه الحق عند ظهور مماطلته، كما يحق لصاحب الحق أن يحبس تحت يده ما فى مقابل هذا الحق حتى يستوفى حقه كالمبيع فى عقد البيع فمن حق البائع حبسه عن المشترى حتى يوفيه الثمن ما دام حالا أو حل وقت الأداء وكان المبيع فى يده، كالزوجة فإن من حقها أن تحبس نفسها عن زوجها حتى يوفيها عاجل صداقها، والملتقط الذى أنفق على اللقطة ليحفظها ويبقى عليها فإن من حقه حبسها حتى يستوفى ما أنفقه عليها، كما يحق لصاحب الحق أيضاً عند عدم الوفاء بنفس الحق أن يقبل من المدين شيئاً حالا فى مقابل الدين أو أن يحول هذا الدين إلى دين آخر، كما يحق له أن ينتصف لنفسه بأخذ حقه جبراً إذا ظفر بجنسه أو يجعله مقاصة فى مقابلة ما عليه له من جنسه.

حبس المدين حثا له على الوفاء: إذا امتنع المدين عن الوفاء ورأى الدائن أن يطالبه بحقه أمام القضاء ثم ثبت الحق عند القاضى وطالب صاحب الحق حبس غريمه فإن الفقهاء يرون ألا يعجل بحبسه وأن يأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء

---

(١) ويعرف فقهاء الحنفية السفتجة بأنها إقراض لسقوط خطر الطريق ويصورونها بأن تدفع إلى تاجر مالا قرضاً ليدفعه إلى صديقك وإنما يدفعه قرضاً لا أمانة ليستفيد به من سقوط خطر الطريق، فإذا ضاع أو تلف فى الطريق التزم به من ماله لأنه قرض. راجع ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٢٦.

المماطلة فلابد من ظهورها، فإذا لم يأتمر حبسه القاضى[1] ويكون ذلك الحبس فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة ما لم يكن معروفاً بالعسرة عند أبى حنيفة[2] ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل الحبس، ولا يحبس فيما سوى ذلك إلا إذا ثبت أنه موسر[3]، والصبى لا يحبس بدين الاستهلاك بل يحبس من له عليه ولاية أو وصيه إذا امتنع عن بيع شىء من ماله لسداد دينه.

والمشروع من الحبس كما يقول القرافى[4] ثمانية أقسام: منها حبس الممتنع عن دفع الحق إلجاء إليه، وحبس من أشكل أمره فى العسر واليسر اختياراً لحاله، وفى التهذيب[5] عن التبصرة «إن حبس الممتنع عن الحق قد يكون حبس تضييق وتنكيل وقد يكون حبس تعزير وتأديب وقد يكون حبس تلوم واختبار»، وفى الدر[6] أن القاضى بعد أن يحبسه بما يراه ولو يوما يسأل عنه فإن لم يظهر له مال خلاه بلا كفيل إلا فى ثلاث: مال اليتيم، والوقف، وإذا كان الدائن غائباً. ثم لا يحبسه ثانياً حتى يثبت غريمه غناه.

---

(١) مشروعية الحبس مأخوذة من قوله تعالى ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ ومن قول الرسول عليه السلام «لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته» ومن الحديث يظهر أن الحبس يكون عند القدرة على الوفاء مع المماطلة أما المعسر فإنه ينظر لقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ وكان الحبس فى عهد الرسول وأبى بكر فى المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر داراً بمكة واتخذها محبساً: ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٤٥، وفى الدر المختار نفس الصفحة «حبس الرسول رجلا بالتهمة فى المسجد وأحدث السجن على».

والواقع ان الالتزام فى الفقه الإسلامى تصحبه سلطة شخصية مهذبة تأييداً لتنفيذه ولذا شرع طلب حبس المدين وملازمة الدائن له والحكم بذلك، ولا تعجب من هذا لانه قصد به حماية صاحب الحق من مماطلة المدين وحثا له على الوفاء ما دام قادراً عليه، لكن القانون الرومانى فى أزهى عصوره كان يعطى الدائن سلطة شخصية على المدين تخول له حق قتله أو استرقاقه عند عدم الوفاء حتى وإن كان معسراً عاجزاً.

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٥١.

(٣) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٤٨، الهداية جـ ٣ ص ٨٤.

(٤) فى الفروق جـ ٤ ص ٧٩ الفروق ٢٢٦.

(٥) بهامش الفروق جـ ٤ ص ١٢٥.

(٦) الدر المختار وابن عابدين جـ ٤ ص.

هذا والقانون المصرى لم يأخذ بنظرية حبس المدين إلا بالنسبة للمدين المماطل فى دين النفقة وأجور الحضانة والرضاع إذا توافرت الشروط التى تضمنتها المادة(٢٤٧) من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١، فى حين أن القانون المدنى السودانى وهو المتأثر بالقانون الإنجليزى يساير الفقه الإسلامى فى أنه يجيز للدائن أن يطلب حبس المدين المماطل لا فى دين النفقة فقط وإنما فى أى دين كان[1].

التنفيذ القضائى: إذا امتنع المدين عن الوفاء حبسه القاضى على ما بينا ويستمر حبسه عند أبى حنيفة حتى يوفى دينه أو يأذن ببيع شىء من ماله إذ لا يجيز الحجز على المدين وبيع ماله جبراً عنه وفاء لدينه، إذ المستحق عليه هو قضاء الدين ومن حقه هو أن يعين طرفى الوفاء، ويؤيد ذلك بأن القاضى يحبس المماطل بالاتفاق، ولو كان بيع ماله جبراً جائزاً لما كان هناك معنى لإضاعة الوقت بحبسه وتعطيل الدائنين عن سداد ديونهم، غير أنه يرى أن الدين إذا كان دراهم أو دنانير (أى نقوداً) وله دراهم أو دنانير (نقوداً) أخذ القاضى منها ولو جبراً عنه ووفى ما عليه للطالبين.

ويرى الصاحبان وباقى الأئمة أن للقاضى بعد حبسه مدة الاختبار أن يخلى سبيله ويأخذ من ماله إن كان له مال معروف، فإن كان دراهم أو دنانير وفّى منها ولا خلاف، وإلا باع ما وجد على أن يبدأ بالمنقول ووفّى به دينه وعلى أن يترك له مقدار نفقته الحاضرة هو ومن يعول، فإن تعدد الغرماء كانت التوفية بطريق المحاصة أى بنسبة ما لكل واحد منهم على ما سبق بيانه.

هذا ما أمكن كتابته فى هذه العجالة عن الوفاء فى الفقه الإسلامى جبرياً كان أو اختيارياً. بقى لنا أن نشير إلى أن القانون المدنى المصرى تناول الوفاء فى المواد من ٣٢٣/٣٤٩. وشراح القانون يرون أن الوفاء عبارة عن تنفيذ الالتزام بقصد

---

(١) راجع لنا الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما فى الإسلام ص ١٤٢ مطبوع بمطبعة مصر بالخرطوم.

إنهائه فهو تصرف قانوني يستند إلى إرادة الموفى فى إنهاء الالتزام، ومحل موضوع الالتزام المراد إنهاؤه، وسببه هو وجود الالتزام المراد إنهاؤه، والوفاء قد يقع من المدين نفسه أو نائب عنه كوكيل أو وصى أو من الغير تبرعا[١] ، دون أن تكون له مصلحة، أو له مصلحة لكن[٢] دون اتفاق الدائن على أن يحل محله تماما فى الدين وهذا يسمى وفاء بسيطاً، أما إذا حدث مثل هذا الاتفاق، أو كان الوفاء يقتضى حلولا قانونياً وهو ما حددته المادة (٣٢٦) فإنه يسمى وفاء مع الحلول.

«إذا كان الالتزام بإعطاء شيء وجب أن يكون الموفى مالكا لهذا الشيء وإلا كان وفاء غير صحيح، كما يجب أن يكون الموفى أهلا للتصرف إذ الأصل فى تصرفات ناقص الأهلية أنها باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحته، فالوفاء منه صحيح إذا لم تكن له مصلحة إبطاله، وباطل إذا كان له مصلحة فى الإبطال، ويشترط فى الموفى له أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة لقبض الدين، كما يجب أن يكون الوفاء له أو لنائبه إذا نص على أن يكون الوفاء للدائن شخصياً إذ الوفاء لغير الدائن أو نائبه غير نافذ فى حق الدائن[٣] . والأصل في الوفاء أن يكون بنفس الشيء المستحق كله فلا يجوز للمدين أن يجيز الدائن عن قبول غيره ولو كان أكثر قيمة منه كما لا يجوز له أن يجزئ الالتزام دون موافقة الدائن إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بذلك.

---

(١) القانون يجيز تدخل الغير فى الوفاء بالتزام رغم إرادة الدائن أو المدين، وكان القانون القديم يجيز ذلك رغم إرادتهما معاً إلا أن المادة (٣٢٣/ ٢) لا يقر تدخل الغير عند اعتراض كل من الدائن والمدين، وهذا الغير إذا وفى بغير علم المدين قاصداً التبرع إنه لا يرجع على المدين، وإذا وفى بعلمه دون اعتراض منه فالراجح أنه فضولى، أما إذا تم الوفاء رغم إرادته لا يكون فضولياً لكن يحق له أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء إذا لم يكن للمدين مصلحة فى الاعتراض.

(٢) كالحائز الذى يوفى لصاحب حق التتبع أو كدين المدين الذى لا يوفى بالدين للدائن المقرر له دعوى مباشرة فى مطالبته كما فى حالة التأجير من الباطن أو المقاولة من الباطن.

(٣) إلا إذا أقره أو عادت عليه منفعة منه وبقدر هذه المنفعة، أو تم بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته (م ٣٣٣).

والوفاء يجب أن يتم فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص أو حكم بغير ذلك، والالتزام المطلوب الوفاء به إذا كان معيناً بالذات لزم تسليمه فى المكان الذى يوجد فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص مخالف، أما فى الالتزامات الأخرى فالقاعدة أن الدائن هو الذى يسعى إلى دينه ولذا كان محل الوفاء موطن المدين وقت الوفاء. والأصل أن نفقات الوفاء تكون على المدين.

وإذا امتنع الدائن بدون وجه عن قبول الوفاء، وسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمى اعتبر معذراً وتحمل تبعة هلاك الشىء أو تلفه وحق للمدين إيداع الشىء على نفقة الدائن. وإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه طوعاً جاز للدائن أن يلجأ إلى الطريق الذى رسمه القانون للتنفيذ الجبرى على المدين وقد تناول القانون ذلك مبيناً التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض ووسائل التنفيذ والضمان. فى آثار الالتزام المواد من ١٩٩ ـ ٢٦٤.

ثانيا: استبدال الدين بشئ حال أو بدين آخر(١):

وذلك كأن يكون شخص مديناً لآخر بعشرة أقداح من الأرز مثلا فيتفق كل من المدين والدائن على أن يدفع الدائن للمدين حالا بمثل قيمتها قمحاً، والفقهاء يعتبرون مثل هذا بيعاً أو إجارة بحسب نوع العوض ويعبر عنه القانونيون بالوفاء بمقابل(٢) فإذا قبل الدائن مثلا عيناً معينة بدلا من دينه وقبضها، يكون دينه عبارة

---

(١) جاء فى مذكرات الالتزامات للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٢٦ هذا الموضوع بعنوان استبدال دين جديد بالدين الأصلى. ومثل تحت هذا العنوان بما يفيد انه يريد أن يتناول تجديد الالتزام والوفاء بمقابل. مع أن الوفاء لابد فيه من استبدال الدين بشىء مقبوض.

(٢) إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق قام مقام الوفاء (م ٣٥٠) فلا يكون الوفاء بمقابل إلا حيث يعطى المدين لدائنه شيئاً يرتضيه بدلا من الشىء المستحق له أصلا. ولا يكون بالاتفاق على مجرد إنشاء التزام جديد وإلا كان تجديداً للالتزام لا وفاء بمقابل. وهو فى الواقع تصرف مركب يجمع بين البيع والوفاء فتسرى عليه أحكام البيع وأحكام الوفاء (م٣٥١).

عن ثمن لهذه العين المعينة، وفى هذه الصورة لا تبرأ الذمة ولا ينقضى الالتزام إلا إذا كان الدائن نفسه هو الذى قبل المقابل إذ ليس لوكيل الدائن فى استيفاء دينه أن يقبل المقابل.

أما إذا كان شخص مدينا بأجر منفعة أو عمل مثلا فاتفق مع صاحب الدين على أن يبقى ماله من أجر فى ذمته على سبيل القرض على أن يكون بذلك قد وفى ما عليه من أجر، وبذا يكونان قد أنهيا الالتزام الأول وهو الوفاء بالأجرة بإحداث التزام آخر هو القرض، وهذا ما يسمى فى الاصطلاح القانونى بتجديد الالتزام[1]، ومن هذا ما يجرى فى التعامل من اتفاق المؤجر والمستأجر على كتابة سند بدين حر بقيمة الأجر الذى على المستأجر (كمبيالة) يأخذه صاحب الحق على أن يبرئ ذمة المستأجر من دين الإيجار بسند مقابل (مخالصة).

ثالثا: انتصاف الدائن لنفسه:

يتفق الفقهاء على أن من وجد نفس حقه الذى له عند آخر مالا أو عرضا وكان يماطله فى رده إليه فإن له أن يسترده منه ولو خفية إذا ظفر به استيفاء لحقه، أما إذا ظفر بجنس حقه لا بعينه فيرى الفقه الإسلامى فى الجملة جواز أخذه، استناداً إلى حديث هند المشهور لما شكت للنبى عليه السلام وقالت له إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيها وولدها ما يكفيها فقال لها «خذى ما يكفيك أنت وولدك بالمعروف» ولكنهم يختلفون فى بعض قيود أو اشتراطات. وينقل صاحب المغنى عن الفقهاء أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم فى ذلك، وأنه إن أخذ بغير إذنه وجب

(١) وهو الاتفاق على أن يستبدل بالدين القائم دين جديد يخالفه ويقوم مقامه. فلابد من وجود دين قديم يحل محله دين جديد، وأن توجد فيه نية التجديد، وأن يتمتع الطرفان بالأهلية. ويترتب على تجديد الالتزام انقضاء الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد. وقد تناولت المواد من ٣٥٢ ـ ٣٥٨ كما تضمنت المواد (٣٥٩ ـ ٣٦١) إنابة المدين شخصا أجنبياً فى الالتزام بالوفاء مكانه بموافقة الدائن.

رده إليه، وأما إذا كان مانعا من إعطائه وكان المنع بحق كالتأجيل والإعسار فلا يجوز أيضاً بلا خوف، وأما إن كان مانعا بغير حق فإن قدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لزمه اللجوء إليه، وإن لم يقدر لكونه جاحداً ولا بينة له أو لا يجيبه إلى المحاكمة أو نحو ذلك فالمشهور عند الحنابلة أنه ليس له أخذ قدر حقه وهو إحدى الروايتين عن مالك، وبعضهم يقول بالجواز استناداً إلى حديث هند السابق، وقالوا إن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره وإن كان من غير جنسه تحرى وأخذ، وقال الشافعى إنه إن لم يقدر على استخلاص حقه ببينة فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه، وإن كانت له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان، والمشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره عليه دين فله أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينا ذهبا أو ورقا من جنس حقه وإن كان عروضا لم يجز، ويختار ابن قدامة المشهور من مذهب الحنابلة.

وقال صاحب البحر الرائق إن رب الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال المدين على صفته، له أخذه بغير رضاه، وقال إنه لا يأخذ خلاف جنسه، ونقل عن الرازى أن له أخذ الدراهم فى الدنانير وبالعكس، ويدخل فى وحدة الجنس الأوراق المالية بعضها مع بعض ومع النقود والفلوس فإن الظفر بشىء من ذلك بدل الآخر يعتبر ظفراً بجنس الحق(١).

ونقل صاحب الاختيار(٢) فى هذا المقام أنه لا يقطع بالسرقة من غريمه إذا سرق مثل ما له عليه لأنه استوفى حقه، وجاء مثل ذلك فى ابن عابدين(٣) وزاد عليه أنه لا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا أولا، خلافا للشافعى.

---

(١) راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى من ص ٦٥ ـ ٧٠.

(٢) جـ ٣ ص ٦٥.

(٣) جـ ٣ ص ٢١٧.

فإذا ظفر بمال مديونه، له الأخذ ديانة، بل له الأخذ من خلاف الجنس، وأطلق الشافعى أخذ خلاف الجنس أى من النقود والعروض، ونقل ابن عابدين[١] عن شرح نظم الكنز أن عدم الأخذ من خلاف الجنس كان فى زمانهم لمطاوعتهم فى الحقوق، والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أى مال كان.

وما نقله ابن عابدين من أن الأخذ عند الظفر جائز ديانة لا قضاء يتفق مع مذهب الشافعى وتبعه بعض الفقهاء فى أن ما ذكره النبى لهند كان تصرفا بطريق الفتوى لا القضاء[٢] بحجة أن النبى كان بالمدينة وأبا سفيان كان بمكة، والأصل فى القضاء ألا يكون على غائب.

وانتصاف المرء لنفسه كما يكون بين الأفراد بعضهم مع بعض يكون بينهم وبين الدولة، فإن من له حق فى بيت المال وظفر بمال يرجع إلى ذلك البيت فله أخذه ديانة بطريق الظفر، كما نقل ابن عابدين الحنفى والمحلى من فقهاء الشافعية[٣]، ومسألة الظفر يعتبرها الأحناف من مسائل المقاصة[٤].

والذى نراه بعامة فى هذا الموضوع أن من ظفر بجنس حقه من المماطل ليس له أن يأخذه إلا فى حدود ضيقة وهى أن يكون ذلك فى أسلوب مستور مأمون يتفق مع الكرامة بحيث لا يعرض نفسه للامتهان وحكم القضاء، فإن القضاء لا يسمح بمباشرة أى تصرف لا يتفق مع أوضاع القانون كما أنه لا ينبغى إشاعة ذلك بين العامة حتى لا تشيع الفوضى ويتخذ ذلك ذريعة إلى ما لا ينبغى، وإنما فيما يبدو لنا أن ذلك إذا ستعمل يكون مقصوراً على أهل الصلاح وأرباب الحكمة.

---

(١) جـ ٣ ص ٢١٨.

(٢) وفى هامش الفروق للقرافى جـ ١ ص ٢٠٧، ٢٠٨: «أن بعض الفقهاء وهو المشهور من مذهب مالك أن موضوع هند تصرف بطريق القضاء فلا يجوز لأحد أن يأخذ بجنس حقه إذا تعذر عليه أن يأخذه من الغريم إلا بقضاء قاض وحجتهم أنها دعوى فى مال على معين والفتوى من شأنها أن تكون فى مسألة عامة بخلاف القضاء»

(٣) راجع فى الموضوع جميعه للمؤلف المقاصة فى الفقه الإسلامى ص ٨٦ ـ ٨٩، وراجع المبسوط للسرخسى جـ ٢٨ ص ٣٢.

(٤) راجع لنا المقاصة فى الفقه الاسلامى ص ٦٩.

رابعا: اتحاد الذمة:

وصورة ذلك أن يكون المدين هو الوارث الوحيد للدائن ثم يموت الدائن فيصبح الوارث مالكا للدين، أو بعبارة أخرى يجتمع فيه صفتا دائن ومدين[١] فيلزم انقضاء الالتزام لعدم الفائدة.

أما إذا كان المدين أحد الورثة أو بعضهم فإن اتحاد الذمة يكون بالنسبة للمدين دون الآخرين؛ وبذا فإن اتحاد الذمة لا يكون تاما وإنما هو على سبيل التبعيض.

أما إذا كان المورث هو المدين وكان الدائن هو الوارث الوحيد أو أحد الورثة فإنه لا يتصور هنا اتحاد الذمة تبعاً لنظرة الفقه الإسلامى التى تجعل الدين بعد وفاة المدين يتعلق بتركته قبل التوريث وفى حدودها ولا يتعلق بالورثة، وبذا لا يتحقق اتحاد الذمة إذ الالتزام يتعلق بالتركة والحق يتعلق بالدائن وهما متغايران.

وتنص المادة ٣٧٠/ ١ من القانون المدنى على أنه إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة[٢].

خامسا: المقاصة:

وهى فى عرف الأحناف تفيد المساواة والمماثلة، وفى الفقه المالكى إسقاط مالك من دين على غريمك فى نظير مال عليك، وقيل إنها إسقاط بعوض، والمقاصة فى الواقع هى الطريقة الوحيدة التى يمكن قضاء الديون بها، ولا يمكن أن تقضى بسواها.

---

(١) وهو من هذا الوجه يشبه المقاصة، إلا انهما يفترقان من حيث إنه يقع اجتماع الصفتين هنا بالنسبة إلى دين واحد، وفى المقاصة فإن الشخص يكون دائناً ومديناً فى دين آخر كما سيأتى.

(٢) وهذا النص وإن أفاد بعمومه وقوع اتحاد الذمة إما فى شخص المدين وإما فى شخص الدائن إلا أن نظام الإرث عندنا وهو من نظم القانون العام يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية وهى كما قلنا تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين فلا يتعلق الدين بذمة الورثة فلا يتصور اتحاد الذمة.

محل المقاصة: الأصل فى المقاصة فى شريعتنا والشرائع الأخرى أنها لا تكون إلا فى دينين من الجانبين، غير أن الأحناف صرحوا بحصولها بنفسها دون طلب بين عين ودين كما إذا اشترى شخص من آخر ديناراً بعشرة دراهم وكان البائع مديناً بعشرة دراهم للمشترى، وقبض المشترى الدينار وقعت المقاصة، وذكروا عدة صور فى كتبهم للدلالة على وقوع المقاصة بين الدين والعين، ولكنا خلصنا فى بحثنا «المقاصة فى الفقه الإسلامى» إلى أن المقاصة فى هذه الصور وقعت فى الحقيقة بين دينين من جنس واحد(١).

ومع هذا فإنه يجوز التقاص بين العين والدين عند اتفاق صاحبى الحقين ولا كلام فى هذا، وكان مقتضى كون المنافع أموالا عند غير الأحناف وأنها تثبت ديناً فى الذمة أن تثبت فيها المقاصة ولكنى لم أجد أحداً منهم تكلم عن ذلك(٢).

أنواع المقاصة:

١ ـ جبرية، تقع بنفسها دون طلب أحد، وصورتها أن يثبت لشخص على غريمه مثل ماله عليه من الدين جنساً وصفة وحلولا فيتساقط الدينان إن كانا متساويين فى المقدار، وإن تفاوتا فى القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة، فإذا اقترض شخص من آخر نقوداً أو شيئاً مما يثبت ديناً فى الذمة ثم باع لدائنه متاعاً بثمن معجل من جنس الدين الذى عليه، وقعت المقاصة فى هذين الدينين بمجرد ثبوت الدين الثانى جبراً عليهما ولا تتوقف على تراضيهما ولا على

---

(١) راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى بحث مقارن من ص ١٤ ـ ١٩.

(٢) كما تناولنا فى كتابنا المذكور الكلام عن المقاصة فى الحقوق المجردة كالقصاص والحدود والتعزيرات، وأشرت إلى أنى لم أقف على شىء يتعلق بالمقاصة فى الجرائم فى التشريعات الوضعية إلا قدراً يسيراً فى التشريع الألمانى طبقا للمادتين ١٩٩، ٢٢٣ فارجع إليه فى ذلك ص ١٩ ـ ٢١.

طلب من أحدهما ما دامت قد استوفت شروطها[١]، ومن هذا النوع الحسابات الجارية فى المصارف «فما يدفعه صاحب الحساب للمصرف ليس وديعة بالمعنى الحقيقى إذ هو وديعة مأذون فى خلطها بغيرها، وباستهلاكها تكون قرضاً، وما يأخذه المودع من المصرف ليس من عين حقه وإنما هو أشبه شىء بالقرض ويكون كل من المودع والمصرف دائناً للآخر ومدينا له فتحصل المقاصة الجبرية دون طلب كلما تجدد الإيداع والأخذ، وهذا هو المنهج السليم والذى يسير عليه الناس بمقتضى الفطرة. فإذا كان لك عند آخر مائة جنيه ثم وجب له عندك خمسون. فإنك لا تطالبه إلا بخمسين، وليس له هو فى ذمتك شىء لوقوع المقاصة الجبرية بين الدينين، ولذا فقد قال بها الأحناف والشيعة الإمامية وهو المشهور فى مذهب أحمد[٢]».

---

(١) القائلون بالمقاصة الجبرية هذه يشترطون أربعة شروط:

الأول: تلاقى الحقين أى اجتماع الدينين فى حيز واحد أى لشخص باعتبارين بأن يكون شخص مثلا مديناً لآخر بدين والثالث على الدائن دين مماثل فأحال الدائن الأول دائنه على مدينه فإن المقاصة تقع جبراً دون طلب ما دامت باقى الشروط مستوفاة.

الثانى: تماثل الدينين جنساً ونوعاً وسائر الأوصاف التى يعتد بها فى باب المقاصة والتى يكون لاختلافها اختلاف فى القيمة والانتفاع.

الثالث: انتفاء الضرر فإذا كان يترتب على وقوعها ضرر لأحد الطرفين أو لغيرهما لم تقع المقاصة فالمرأة التى عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتسب به مع عسرتها لأن قضاء الدين إنما يكون مما فضل عن النفقة.

الرابع: الا يترتب عليها محظور دينى وقد بينا هذه الشروط بياناً وافياً فى كتابنا المقاصة فى الفقه الإسلامى بحث مقارن. مطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٩٥٦ ص ٣٠ ـ ١٠٦ والمنشور بمجلة القانون والاقتصاد فى العدد الأول سنة ١٩٥٨ من السنة الثامنة والعشرين والعدد الرابع من السنة التاسعة والعشرين.

(٢) ولا يرى المالكية هذا النوع من المقاصة، وهو محل تفصيل عند الشافعية، وللشرائع الوضعية فى المقاصة وجهتان: الوجهة اللاتينية ترى وقوع المقاصة الجبرية تلقائياً بنفسها، أما الوجهة الجرمانية فإنها لا ترى وقوع المقاصة إلا إذا طلبها أحدهما، انظر لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى حيث بينا ذلك تفصيلا.

٢ ـ المقاصة الجبرية الطلبية: ونعني بها المقاصة التي يطلبها أحد المتداينين ويأباها الآخر، فهي جبرية بالنسبة لمن يطلبها، وطلبية بالنسبة لمن طلبها، والشافعي وأحمد في أحد أقوال منسوبة لهما، يريان وقوعها بطلب أحد المتداينين إذا اتفق الدينان في الجنس والحلول وسائر الصفات، ويسقط الدينان أو بقدر الأقل منهما. لأن من عليه الدين يؤديه من حيث يشاء، وإذا رضي أحدهما بالمقاصة فقد أدى ما عليه بماله في ذمة الآخر، لكن الأحناف من القائلين بوقوع المقاصة الجبرية بنفسها صرحوا بأنه إذا تخلف شرط هو حق لأحد الدائنين كالاختلاف في الجودة أو الحلول أو القوة، وترك صاحب الحق حقه في الجودة والقوة والأجل وأصبح الدينان متساويين فيلتقيان قصاصاً بنفسهما والطلب في الواقع لا قيمة له إلا من ناحية أنه ينطوي على إسقاط الحق الذي كان مانعاً من وقوع المقاصة الجبرية بنفسها، أما الإمامية فإنهم وإن قالوا بالمقاصة الجبرية بنفسها فإنهم لا يرونها عند اختلاف الدينين في أي وصف إلا اتفاقية[(١)].

المقاصة الاتفاقية، وواضح أن هذه لا تكون إلا برضاء الطرفين، واتفاقهما على أن يسقط كل من الدينين في مقابل الآخر، وفي أحد الأقوال المنسوبة للشافعي وأحمد أن المقاصة لا تقع إلا اتفاقية وهو أحد قولين في الفقه المالكي، وواضح أن الأحناف والإمامية يجيزونها بالأول، غير أن المالكية يجيزونها وإن اختلف الجنس أو الوصف، بينما الأحناف لا يرونها إلا عند اختلاف شيء من ذلك وإلا فهي جبرية، وعند الشافعية تفصيل عند[(٢)] اختلاف الجنس، على أن القائلين بوقوعها بالاتفاق رغم اختلاف الدينين يشترطون جميعاً ألا يترتب عليها محظور شرعي.

---

(١) راجع لنا المقاصة من ص ١٠٧/ ١١٥ هذا ولم تتعرض متون القوانين للمقاصة الجبرية عند تخلف شرط من شروطها، وقد عقد المرحوم لصحى زغلول في شرحه للقانون المدني فرعاً للمقاصة الطلبية الحتمية.

(٢) هذا وقد بينا المقاصة الاتفاقية في كتابنا المقاصة من ١١٦ ـ ١١٩، وفصلنا القول عن المحظور الشرعي الذي يترتب عليه بطلان المقاصة عند الكلام عن المقاصة التي لا تجوز من ١٢٢ ـ ١٤١. هذا وشراح القانون الوضعي يسمونها بالمقاصة الاختيارية، ويجيزونها بين دينين ليسا من نوع واحد، وبين دينين أحدهما مؤجل أو متنازع فيه، وبين دين ووديعة، فهي عندهم جائزة حتى إن كان سبب أحد الحقين غير مشروع إذ مع الاتفاق لا يكون من انتصاف المرء لنفسه.

هذا وطبيعة كل من المقاصة والقضاء فى نظر الفقه الإسلامى تأبى أن تكون هناك مقاصة قضائية[1] يوجدها القاضى إذ قضاؤه بالجبرية التلقائية أو الطلبية قضاء مظهر بأن هناك مقاصة وقعت وترتب عليها أثرها، فهو بقضائه لم ينشئ مقاصة، وعند اختلاف الدينين لا يملك القاضى إحداث مقاصة لأنها عبارة عن معاوضة[2] وهو لا يملك ذلك ما لم يتفقا.

حكم المقاصة: نقصد بالحكم هنا الأثر المترتب عليها، وهو سقوط الدينين أو الأقل منهما كما يرى المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية، فالذمة عندهم تبرأ بالمقاصة براءة إسقاط لا براءة مطالبة فحسب، أما الأحناف فإنهم يرون أن الذى يسقط بالمقاصة هو المطالبة لا نفس الدين الذى يبقى معها شاغلا للذمة.

وعلى الرأى الأول يكون الإسقاط فى المقاصة ممتازاً عن سائر الإسقاطات بأن فيه معنى الوفاء فهو إسقاط بعوض ولذا فإنه يمكن القول على هذا بأن المقاصة من الإسقاطات التى فيها معنى الوفاء.

(١) ويقول شراح القانون إن المقاصة القضائية هى التى يطلبها أحد الطرفين أمام المحكمة فى غير أحوال المقاصة الحتمية، ويكون للقاضى حق النظر فيها، بشرط ألا يكون هناك ضرر على الطرف الثانى، وألا يحتاج تقدير حق المدعى عليه إلى إجراءات خاصة كالتحقيق أو تعيين خبير ـ راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى ١٢٠ ـ ١٢١.

(٢) أما المقاصة الجبرية (التلقائية والطلبية) فإنها ليست من المعاوضات الخالصة. إذ المعاوضات لا تكون إلا عن تراض من الطرفين، أما الاتفاقية فهى عقد معاوضة لا محالة ويمكن تسميتها فى النقدين صرفا، وفى غيرهما بيعاً، ويمكن اعتبارها إسقاطاً بعوض وليست مقاصة فى الحقيقة.

المطلب الثانى

انقضاء الحق دون وفاء

أولا: الإبراء والإسقاط.

أما الإبراء: فصورته أن يكون لك فى ذمة بعض الناس مبلغ من المال كثمن مبيع أو دين قرض فتبرئه منه كله أو بعضه فينتهى بذلك التزام المدين بالدين كله أو بعضه على حسب ما وقع من الإبراء لفراغ ذمته بالبراءة.

وظاهر المذهب المالكى أن القبول شرط لصحه الإبراء، أى أن الإبراء يتوقف على قبول المدين(١) لأنه من قبيل تمليك ما فى الذمه فيفتقر إلى القبول كما إذا ملكه عيناً بالهبة، ولأن المنة قد تعظم فى الإبراء فكان متوقفاً على قبوله فلا ينتهى التزامه إلا بموافقته وقبوله، ويقول بعض الفقهاء ومنهم الأحناف إنه لا يتوقف على قبول لأنه من قبيل الإسقاط كالطلاق والعتاق والرجعية ونحوها، والإسقاط لايفتقر إلى قبول(٢) . وقد اتجهت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٥٦١ إلى أنه لا يتوقف على قبول ولكنه يرتد بالرد طبقاً للمذهب الحنفى، فعدم توقفه على القبول مبنى على اعتباره إسقاطاً وارتداده بالرد روعى فيه أن المبرأ قد تلحقه منة من المبرئ لايريد أن يتحملها لكنهم اشترطواأن يكون الرد قبل القبول إذ-به يسقط الحق والساقط لايعود، وعلى هذا فإن المدين إذا لم يقبل الإبراء طبقاً للمذهب المالكى أو رده طبقاً للمذهب الحنفى فإن الإبراء يسقط إذ لا يملك أحد أن يدخل فى ملك الغير شيئاً دون رغبته، غير أن الكفيل والمحال عليه لايستطيعان رد الإبراء لأن الإبراء ليس لهما ولا يتوقف على قبولهما.

---

(١) راجع الفروق للقرافى جـ ٢ ص ١١٠ ـ ١١١.

(٢) لأن فيه معنى التمليك من وجه والإسقاط من وجه إلا فى بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول إذ الإبراء فيهما فيوجب فسخ عقدهما ـ راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم.

وعبارة الكمال فى الفتح تشعر بأن الإبراء لا يختص بما فى الذمة وإنما يكون أيضاً من الدعوى ومن الكفالة وهما حقان ثابتان لصاحبهما قبل الغير ولكن لايمكن أن يقال إنهما ثابتان فى ذمته.

ويقول القرافى[1] «إن الإسقاط إما بعوض كالخلع والصلح على الدين فيسقط الحق ولاينقل إلى الباذل ما كان يملكه المبذول له من العوض» وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص والطلاق وإيقاف المساجد ونحوها، وفى هذا القسم يسقط الحق الثابت ولا ينتقل لغير الأول، وفى الدر المختار[2] «إن البراءة تارة تكون براءة إسقاط وهذه تسقط الدين عن الذمة وتارة تكون براءة استيفاء وتكون بالإقرار بأنه استوفى حقه».

وقد يتشكل الإبراء فى صورة صلح أو هبة، أما الصلح فلا يكون إلا إبراء جزئياً إذا كان كل من المصالح عنه وبه من جنس واحد، ويكون وفاء بمقابل إذا اختلف الجنس، وأما الهبة فتكون بأن يهب الدين للمدين ولاتصح هبة الدين لغير المدين على ما بيناه فى الحوالة، وإنما أدخلوا هبة الدين فى الإبراء اعتباراً بمعناها دون لفظها.

ولا يصح الإبراء إلا بعد وجود الدين ولو احتمالا، فللكفيل أن يبرىء الأصيل ولو لم يعرف بعد ما كفله، وكذلك للمؤجر أن يبرىء من الأجرة التى تستحق إذا حصل الانتفاع، ولا يجوز الإبراء عن دين لم يوجد[3].

والإبراء قد يكون خاصا من شىءبعينه وقد يكون عاماً من كل حق مالى قبل المبرأ[4] من قبل الإبراء، ويدخل فى هذا العموم دعوى الدين والعين وإن كان

(١) الفروق جـ ٢ ص ١١٠، وتهذيب الفروق بهامشه جـ ٢ ص ١٣٥ ـ ١٣٦.

(٢) مطبوع بهامش ابن عابدين جـ ٤ ص ١٨ وقد أطال فى ذلك فارجع إليه، ويبدو أن التى تتشكل فى صورة الصلح هى براءة الاستيفاء وأن التى تشكل فى صورة الهبة هى براءة الإسقاط.

(٣) وفى جامع الفصولين جـ ٢ ص ٤ «ولو قال كل حق يجب لى عليك فقد ابرأتك منه لا يصح وكذا إضافة الإبراء إلى ما يجب فى الزمان الثانى».

(٤) الأدلة الأصلية شرح مجلة الأحكام العدلية جـ ٣ المواد ٢٠٢، ١٥١٤، ١٥٦٥.

الإبراء من نفس العين ليس مشروعاً بخلاف الدعوى فهو إسقاط حق المطالبة بها(١).

والجهالة فى الدين لا تمنع صحة الإبراء، ولو أبرأه من كل حق له عليه ولم يعلم بما عليه برىء قضاء لا ديانة عند محمد، وقال أبو يوسف إنه يبرأ ولكنهم قالوا لا بد من تعين الشخص المبرأ بحيث إذا قال كل من لى عليه دين فهو برىء منه لا يبرأ غرماؤه من ديونه، وإذاً لابد أن يكون المبرأ معيناً إذ لو كان الشىء المبرأ منه ديناً فإنه لا بد من معرفة الذمة التى تعلق بها هذا الدين،وإذا كان عيناً فالمعروف فقهاً أن الإبراء يكون من المطالبة لا من الدين نفسه،والمطالبه إنما تتجه إلى أصحاب الذمم(٢).

وعلى القول بأن الإبراء ليس تمليكا وإنما هو إسقاط فإنه لا يشترط أهلية المبرأ، ومع هذا فعلى القول بأن الإبراء تمليك فإن أهلية المبرأ لا تشترط أيضاً لأن هذا تصرف نافع للمبرأ وليس فيه ضرر بماله فيصح، وقالوا إنه يجوز إبراء الميت من دينه فتسقط المطالبة عن تركته إن كان مليئاً وتبرأ ذمته إن كان مفلساً.

وإبراء المريض مرض موت لمدينه فى القدر الذى يخرج على أنه وصية سواء كان المدين وارثاً أو غير وارث(٣). وأخيراً الإبراء إذا تم فإنه لا يقبل الفسخ من جهة المبرىء(٤).

---

(١) المصدر السابق جـ ٣ ص ٢٠٣، ورد المحتار وابن عابدين جـ ٤ ص ٥٢١ (الإبراء عن الأعيان باطل).

(٢) وفى العمادية عن الفقيه أبى الليث أنه قال «إبراء جميع الغرماء صحيح» راجع كفاية المتخصصين لاستاذنا الشيخ السنهورى ص ١٢٩.

(٣) إذ قانون الوصية قد أجاز الوصية للوارث فى حدود الثلث دون توقف على إجازة أحد مخالفاً ما كان عليه العمل طبقاً للمذهب الحنفى من توقف الوصية للوارث على إجازة الورثة ولذا فإن الحكم فى هذه المسألة بالنسبة للوارث على المذهب الحنفى أن صحة الإبراء تتوقف على إجازة الورثة وبالنسبة لمن لا يجيزون الوصية للوارث مطلقاً فإنهم يبطلون إبراءه للوارث.

(٤) غير أنه يحتمل الفسخ من جهة الشرع كما إذا تبايعا داراً وتم التقابض وابرأ كل منهما الآخر من كافة الدعاوى المتعلقة بالثمن أو السلعة ثم استحق المبيع فلا يكون للإبراء تأثير ويسترد المشترى الثمن الذى كان أعطاه للبائع. المادة ١٥٦٦ من مجلة الأحكام العدلية.

وأما الإسقاط: فالأصل عند الحنفية أن الذى يسقط بالإسقاط هو حق المالك، وإن الحق قبل وجوبه لا يقبل الإسقاط وأن إسقاطه ليس إسقاطاً على الحقيقة وإنما هو امتناع عن الحق فى المستقبل، فهو مجرد وعد فأشبه العاريه فلا يلزم(١) ونقل عن المالكية خلاف فى هذا(٢) ، وقول المقر لا حق لى على فلان، أولا خصومة لى قبله لا يعتبر إسقاطاً وإنما هو إخبار إذ الإسقاط كما قلنا هو إزالة الحق القائم.

ومن أنواع الإسقاطات: إسقاط ملك الرقبة كما فى العتق وإسقاط ملك منفعة البضع كما فى الطلاق، وإسقاط ما فى الذمة وهو الإبراء، وإسقاط ملك القصاص وهو ما يسمى عفواً، ويلزم الإسقاط بمجرد حصوله فلا يتوقف على قبول(٣) ولا يرتد بالرد(٤) ولا يقبل الفسخ، لأن الساقط متلاش ولذا قالوا إن الساقط لا يعود(٥).

ومن الاسقاط ما هو إسقاط خالص كالطلاق المجرد وتسليم الشفيع الشفعة، ومنه ماهو إسقاط من وجه وتمليك كالإبراء، ومنه ما صاحبه التمليك كالطلاق والعفو عن القصاص نظير مال.

---

(١) والتطبيق المضاف إلى الملك الإسقاط فيه لم يحصل إلا عند ثبوت الملك، غاية الأمر أن سبب الإسقاط هو الذى وجد قبل ثبوت الحق. راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى ص ١٥٤ ـ ١٥٥ .

(٢) وقد أفاض الحطاب فى ذلك فى خاتمة كتابه تحرير الكلام فى مسائل الالتزام ونقل نظما فى هذا الخلاف نكتفى بذكر بيت منه:

وإسقاط حق المرء قبل وجوبه   حكى فيه خلفا أهل مذهب مالك

وراجع لنا فى ذلك المقاصة فى الفقه الإسلامى ص ١٥٦ .

(٣) إلا إذا كان فيه معنى الفسخ لعقد ثابت بأن كان فى صرف أو سلم أو كان قد صحبته معاوضة صحيحة كالطلاق على مال.

(٤) إذا كان لا يتضمن تمليكا كالطلاق المجرد وإسقاط الشفيع حقه فى الشفعة وإسقاط من له الخيار حقه فى الخيار، وإلا فإذا كان يتضمن تمليكا فإنه يرتد بالرد قبل القبول أو ما فى معناه إذ لا يستطيع احد أن يدخل شيئاً فى ملك الغير رغماً عنه.

وقد يكون الإسقاط آتياً من طريق الصلح[١] فإذا كان قد صاحب الصلح إبراء عن الباقي برئ قضاء وديانة وإذا كان لم يصاحبه إبراء لكن صحبه إنكار للحق برئ منه قضاء لا ديانة، والذى يسقط بالصلح فى الواقع هو حق الادعاء والمطالبة به قضاء لا نفس الحق[٢].

والإسقاط لا يتجزأ إذا كان محله لا يقبل التجزئة كالطلاق والعفو عن القصاص إذ لا يتصور أن يطلق الرجل من روجته جزءاً منها دون جزء كما لا يتصور العفو عن القصاص من جزء القاتل دون جزء، أما إذا كان المحل يقبل التجزئة كالإبراء من الدين فإن له أن يسقط بعض الحق أو كله، وكحق الشفعة فإنه يقبل التجزئة كما إذا صالح المشترى على أن يأخذ نصف المبيع بحصته أو يطلب الشفعة فى حصة أحد المشترين دون الآخر[٣].

وقد أشرنا قبل ذلك عند الكلام عن نظرية الحق إلى الحقوق التى تقبل الإسقاط والحقوق التى لا تقبل ولا داعى للتكرار.

هذا وقد تناول القانون المدنى المصرى انقضاء الحق بالإبراء فى المادتين(٣٧١ - ٣٧٢) فجعل الإبراء تعبيراً عن الإرادة يصدر من جانب واحد ويرتب آثاره متى

---

(١) الهداية والخانية وغيرهما من كتب الفقه فى باب الصلح.

(٢) وفى رد المحتار جـ ٤ ص ٥٢١ «ما تضمنه الصلح من الإسقاط ليس إبراء من كل وجه وإلا لم يحتج لقوله أبرأتك عن البقية» وفى الخانية لو ادعى على رجل ألفاً وأنكر المدعى عليه فأراد أن يصالحه على مائة فقال المدعى صالحتك على مائة درهم من الألف التى لى عليك وأبرأتك عن البقية جاز ويبرأ المدعى عليه من الباقى قضاء وديانة، وإن قال صالحتك من الألف على مائة ولم يقل وأبرأتك عن الباقى برئ المطلوب عن الباقى قضاء ولا يبرأ ديانة» وفى موضع آخر يقول «رجل غصب من رجل ألفاً وأخفاها وغيبها فصالحه المالك على خمسمائة فأعطاه الغاصب من تلك الألف أو من غيرها جاز الصلح قضاء وكان على الغاصب رد الباقى ديانة، وإن كانت الدراهم فى يد الغاصب حيث يراها المالك ويجحدها الغاصب فكذا الجواب، لأن المجحود بمنزلة المستهلك فيجوز الصلح بطريق الإسقاط، فإن وجد المغصوب منه بينة بعد ذلك فأقامها يقضى له ببقية ماله».

وراجع فى الموضوع كفاية المتخصصين لأستاذنا السنهورى.

(٣) راجع لنا الفقه الإسلامى فى الشفعة.

لم يرده المدين، فهو بهذا يتجه وجهة الفقه المالكى من أنه يتوقف على القبول ولذا فإن المادة (٣٧٢) تقرر أن الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع تسرى على الإبراء،كما اتجه أيضاً إلى أن الإبراء فى مرض الموت يعتبر وصية لا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بموافقة الورثة، كما أجاز الرجوع فى الإبراء وفقاً لأحكام المادة (٥٠٠) ولم يشترط فى الإبراء أن يتخذ شكلا خاصاً لأنه ليس هبة صريحة وإنما هبة غير مباشرة،والقانون أن الالتزام ينقضى به وتبرأ ذمة المدين منه كما تنقضى كل توابع الدين فتبرأ ذمة الكفيل أيضاً.

ثالثا:استحالة التنفيذ.

ينقضى الحق أيضاً عند استحالة تنفيذه كما إذا مات المدين معسراً إذ لا تركة له يستوفى منها الدين، وقد عرفت أن الفقه الإسلامى يعلق الدين بتركة المتوفى ولا يلزم الورثة به، وكذا إذا هلك محل الالتزام دون تعد أو تقصير بأن كانت داراً فهدمت أو دابة فهلكت أو سيارة بعينها فعطبت أو أرضاً فسبخت أو طغت عليها مياه البحر فإن الالتزام فى كل هذا ينقضى لا محالة لاستحالة تنفيذه. وقد قلنا[١] إن العين إذا هلكت أو تعيبت فى يد المستأجر مثلاً بعد انتهاء مدة انتفاعه واحتباسه لها رغم تمكنه من ردها فإنه يكون مسئولاً عن التعويض، وكذا إذا حدث نتيجة تعد أو تقصير.

وقد تناول القانون فى المادة ٣٧٣ موضوع استحالة التنفيذ واشترط فيها لانقضاء الالتزام بهذا السبب أن يكون السبب أجنبياً لا يد للمدين فيه، أما إذا كان بخطأ المدين فإن الالتزام يبقى فى صورة جديدة هى الالتزام بالتعويض. كما أنه يسأل عن التعويض أيضاً إذا كان قد قبل تحمل تبعة القوة القاهرة[٢].

---

(١) راجع ما قلناه قبل.

(٢) راجع أحكام الالتزام للدكتور محمد سامى مدكور ص ٢٠٦.

هذا هو ما ينقضى به الالتزام دون وفاء فى الفقه الإسلامى، غير أن القانون قد أضاف عاملا آخر هو التقادم إذ اعتبره طريقاً لاكتساب الحقوق(التقادم المكسب المواد من ٩٦٨ - ٩٧٥) وطريقاً للتخلص منها(التقادم المسقط وتناول ذلك فى المواد من ٩٩٥/٩٩٨) والمادتان ١٠١١، ١٠٢٧ وبعض مواد أخرى متفرقة تناولت التقادم المسقط للحقوق العينية لعدم استعمالها أما التقادم المسقط للحقوق الشخصية (الالتزامات) فقد تناولته المواد من ٣٧٤/٣٧٨ ومدة التقادم هنا تختلف باختلاف الحقوق فقد تكون سنة أو ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة.

والواقع أن الفقه الإسلامى لا يعتبر التقادم سبباً من أسباب الملك ولا سبباً مسقطاً له اللهم إلا ما قاله بعض العلماء بالنسبة لمن استولى على أرض موات وبعد إحيائها تركها حتى عادت غير صالحة للانتفاع بها فإنهم قالوا إن ذلك الترك والإهمال مسقط لحقه فيها وتعود مواتا كما كانت[1].

فالأصل فى الفقه الإسلامى أن الحق لايسقط ولا يزول إلا بسبب من الأسباب الناقلة للملكية التى ذكرناها، وليس منها التقادم وقد بينا ايضا أن الأصل عند الحنفية أن الذى يسقط بالإسقاط هو الحق فى المطالبة والادعاء لا الملك، فالالتزام يسقط بمضى المدة[2].

وكل ما فى الأمر أن متأخرى الفقهاء قالوا إن لولى الأمر أن يمنع القضاة من سماع بعض الدعاوى على ما بيناه فى موضعه[3]، فأصدر ولاة الأمر أمراً عاماً بعدم الدعوى بحق تقادم عليه الزمن أكثر من خمس عشرة سنة مع إنكار الحق. وعدم العذر المانع من الادعاء درءا للفساد ومنعاً لدعاوى الزور، على أنهم

---

(١) راجع لنا الفقه الإسلامى عند الكلام على الأرض الموات والصيد إذا تركه الصائد.

(٢) وهناك قول مهجور أشرنا إليه فهل يفيد أن حكم القاضى ببطلان الحق بمقتضى المدة استناداً إلى من قال أن صاحب الحق إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو فى المصر بطل حقه فى هذا الحكم ينقض لأنه يسند إلى قول مهجور، وسيأتى الكلام عن أثر التقادم فى الدعاوى الجنائية.

(٣) راجع ما قلناه قبل عند الكلام عن القضاء.

فى الإرث والوقف لا يسقط بالتقادم إلا بثلاث وثلاثين سنة مع الإنكار وعدم العذر وقد نصت على ذلك المادة ٣٧٥ من القانون ٧٨لسنة ١٩٣١، وتحديد هذه المدة أمر اجتهادى على ما ذكرنا[١].

والفرق بين موقف القانون وموقف الفقه الإسلامى من التقادم أن الأول يقف منه موقفاً إيجابياً فيعتبره سبباً من أسباب الملكية ويقضى على أساسه بثبوت الملك لشخص وسقوط الآخر فيه، أما الفقه الإسلامى فهو حتى رغم التقيد بعدم سماع هذه الدعاوى فإن موقفه سلبى لا يثبت ملكا ولا يسقط حقاً. وإنما يقول للمدعى إنى لا أسمع منك دعواك لأن الظاهر يدل على أنك لست جادا ولا صادقا إذ لو كنت محقاً لما انتظرت هذه المدة دون المطالبة بحق مع القدرة على ذلك ومع أن الخصم ينكر عليك هذا الحق. وفرق بين الموقف الإيجابى الذى يصدر حكماً فى الموضوع والموقف السلبى الذى لا يقبل النظر فيه.

وبذا نكون قد انتهينا من الكلام عن نظرية العقد بالقدر الذى يسمح به الوقت والدرس ووفاء بما ذكرنا فى مقدمة الكتاب سنتناول موضوع الجرائم والعقوبات فى الإسلام بإعطاء مجرد فكرة عامة عنها نبين فيها أساس نظرة الفقه الإسلامى إليها دون الدخول فى التفاصيل.

---

(١) انظر ما قلناه قبل فى موضعه بالهامش.

الجرائم والعقوبات

في الفقه الإسلامي

تمهيد تاريخي:

وجدت الجرائم منذ العصر الأول للإنسان[١] فوجدت معها عقوباتهامنذ وجود الإنسان جزاء للمجرم على جرمه ردعاً له وزجراً لغيره. وأول مخالفة هى ما حدثت من الإنسان بالاعتداء الذى صدر منه وزوجه بالأكل من الشجرة وقد نهاهما الله عن ذلك بقوله[٢]. ﴿يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة فكلا من حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجره فتكونا من الظالمين﴾ فلما ذاق الشجرة بدت لهما سوآتهما، ثم أخرجهما الله من الجنه عقاباً لهما على هذه الخطيئة، ويقول الله فى هذا أيضاً[٣] ﴿وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغداً حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين* فأزلهما الشيطان عنها فأخرجهما مما كانا فيه وقلنا اهبطوا بعضكم لبعض عدو...﴾

وقد كانت العقوبات فى القرون الأولى تعتبر حقا شخصيا لأنهم كانوا يرون الجريمة قسمين: عامة وخاصة وإن من الجرائم الخاصة ما يقع على الفرد من اعتداء فى نفسه أو ماله[٤]. وقد كان أساس العقاب فى العصر القديم حق الانتقام الفردى، وللمجنى عليه أن يلجأ إلى استعمال حقه بالكيفية التى ترضيه إذ لم يكن هناك قانون منظم لاستعمال هذا الحق، وكثيراً ما كان هذا يؤدى إلى حرب قبلية تبعاً للمبالغة فى استعمال هذا الحق والتغالى فى الانتقام والأخذ بالثار.

---

(١) بل وجدت كما يحدثنا القرآن قبل ذلك إذ يقول الله تعالى فى سورة الأعراف، الآية ١١ وما بعدها ﴿ولقد خلقناكم ثم صورناكم ثم قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس لم يكن من الساجدين* قال ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك، قال أنا خير منه خلقتنى من نار وخلقته من طين* قال فاهبط منها فما يكون لك أن تتكبر فيها فاخرج إنك من الصاغرين...﴾ الآيات.

(٢) سورة الأعراف جـ ٨ اية ١٩/٢٢.

(٣) سورة البقرة جـ ١ آية ٣٥/٣٦.

(٤) مبادئ القانون الرومانى للأستاذين الدكتور بدر والدكتور البدراوى، ص ٤٨٤

هذا وإن كان شائعاً معروفاً قديماً عند العبرانيين واليونان القدماء، والرومان والجرمان، فإن العرب فى الجاهلية كانوا يسرفون فى الأخذ بالثأر إذ كان واجبًا عندهم، وقد اتصفت العقوبات عندهم بالقسوة والتشفى ولم تكن متحدة وإنما تتفاوت حسب تفاوت الأشخاص، وذلك لأن سلطان القوة المستندة إلى قوة العضل والعصبية هو الذى كان سائداً[(١)].

وقد تتعدى العقوبة الجانى نفسه إلى قبيلته إذا لم تتخل عنه، بل كانوا فى بعض الأحيان ينظرون إلى الجانى نفسه بالاحتقار، ولا يرون فيه صلاحية ليكون عوضاً فيأخذون بثأرهم من رأس فى أسرته أو قبيلته. وقد روى[(٢)] «أن واحداً قتل شخصاً من أشراف العرب فاجتمع أقارب القاتل عند والد المقتول يسألونه ماذا يريد مقابل حياة ابنه؟ فقال: إحدى ثلاث: إما أن تحيوا ولدى، أو تملئوا دارى من نجوم السماء،أو تدفعوا إلى جملة قومكم حتى أقتلهم ثم لا أرى مع ذلك أنى أخذت عوضاً».

وقد تضعف أسرة القتيل عن الأخذ بالثأر لضعف أو بطش أسرة القاتل أو لوساطة تعمل لحقن الدماء فيتم التصالح على شراء حق الانتقام وهو ما يسمى بدل الصلح عن الجريمة LA COMPOSITION أو الدية كما يسميه العرب، وقد كان الصلح على مال جائزاً عند العرب فى الجاهلية فى القتل والجروح دون القصاص أو توقيع عقوبة|أما عند اليهود فقد كان جائزاً فى الجروح دون القتل بجميع أنواعه، وأما عند اليونان القدماء فقد كان جائزاً فى جميع الأحوال، وكذلك عند الرومان،وإن كان قانون الألواح الاثنى عشر قرر فيما بعد مبدأ القصاص إلا أنه لم يلجأ إليه إلا بعد الفشل فى الصلح.أما الجرمان فإن قاعدة شراء حق الانتقام عندهم أصبحت هى القاعدة دون الانتقام[(٣)].

(١) القصاص فى الشريعة الإسلامية للدكتور محمد أحمد إبراهيم ص ٦.
(٢) الفخر الرازى جـ ٢ ص ١٤٩.
(٣) الدية فى الشريعة للدكتور على صادق أبو هيف ص ١٤.

غير أن الجرائم الخاصة التى أشرنا إليها عند الرومان مالبثت أن تحولت إلى جرائم عامة تدريجياً وأصبح العقاب عليها من حق الدولة بعد أن كان من حق الأفراد(١)، وهكذا تحول هذا الحق من حق شخصى إلى حق عام.

ولذا فإن الشرائع فى العصور الحديثة ترى أن العقوبة جزاء يقع باسم المجتمع تنفيذاً لحكم قضائى على من ثبتت مسئوليته عن الجريمة، وأنها يجب أن تنطوى على معنى الإيلام وأن تكون شخصية تقع على الجانى نفسه وأن يتساوى الناس فيها، وللقاضى مطلق الحرية فى وزن العقوبات التى يقدرها لكل منهم فى حدود سلطته التقديرية(٢).

وبذا نكون قدمنا لك شيئاً يعطى مجرد فكرة عن موضوعنا بالنسبة للشرائع والقوانين السابقة على الإسلام وينبغى لنا أن نتكلم هنا عن حقيقة كل منهما غير أننا كما أشرنا من قبل سوف نتناول الموضوع بوجه عام دون الدخول فى تفاصيله أو جمع لمشتملاته.

أولاً- الجريمة

فى الفقه الإسلامى

تعريف الجريمة: يرى الفقهاء أنها إتيان فعل محظور أو ترك فعل مأمور به شرعاً مع الزجر عليه بحد أو قصاص أو تعزير، وفى ذلك يقول الماوردى(٣) «الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير» والقوانين لا تخالف الفقه فى ماهية الجريمة إذ تعرف فى القانون بأنها إما عمل يحرمه القانون وإما امتناع من عمل يقضى به القانون(٤) فلا خلاف بين التعريفين إلا من ناحية مصدر التحريم،

(١) مبادئ القانون الرومانى للأستاذين الدكتور بدر والدكتور البدراوى ص ٥٤٨

(٢) شرح قانون العقوبات للأستاذ الدكتور محمود مصطفى ص ٣٧٣ ـ ٣٧٧

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢١١ المطبعة المحمودية التجارية.

(٤) غير أن قانون العقوبات عندنا يختلف عن الفقه فى تعريف الجناية. فبينما يطلقها كثير من الفقهاء على كل فعل محرم شرعاً سواء وقع على نفس أو مال أو غير ذلك، ومنهم من قصرها على ما وقع من الاعتداء على الإنسان بالقتل أو الجرح أو الضرب أو الإجهاض إذ بالمادة العاشرة من قانون العقوبات تقصر الجناية على الجريمة الجسيمة، فيعتبر الفعل جناية إذا كان معاقباً عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو السجن أما إذا كانت عقوبة الفعل حبساً يزيد على أسبوع أو غرامة تزيد على مائة قرش فهو جنحة وإن كان الحبس أو الغرامة أقل من ذلك فهو مخالفة م ١١، ١٢

وقد يكون فى بعض أنواع الجرائم مصالح للأفراد كشرب الخمر والاختلاس والزنا. لكنها مصالح غير معتبرة فى نظر الشارع لما تؤدى إليه من مفسدة تضر بالمجتمع، ومصلحة الجماعة هى المعتبرة وهى تنتج حتماً مصلحة للأفراد.

أركان الجريمة بوجه عام ثلاثة:

١- أن يكون هناك حظر من الشارع إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص[١] وهذا يسمى فى الاصطلاح القانونى بالركن الشرعى للجريمة.

وفى هذا يضع الأصوليون قاعدة «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص» وقاعدة أن « الأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة » فلا يمكن اعتبار فعل أو تركه جريمة إلا بنص، وهذا أساسه قول الله سبحانه تعالى ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾.

والنصوص الجنائية ليس لها أثر رجعى كما هى القاعدة الأصلية غير أنه يستثنى من عدم رجعية النصوص الجنائيه أمران:

(أ) الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام أو النظام العام فهذه يجوز أن يكون للأحكام المتعلقة بها أثر رجعى كما حدث بالنسبة لحكم الحرابة والظهار وجريمة القذف على الراجح.

(ب) إذا كان التشريع الجنائى تطبيقه فى صالح الجانى وجب أن يكون له أثر رجعى. فإذا صدر التشريع قبل الحكم فى الجريمة حوكم الجانى بمقتضاه إذا كان فى صالحه، وإذا صدر بعد الحكم فى الجريمة وكان فى صالح الجانى نفذ من العقوبة بما يتفق مع التشريع الجديد ما أمكن وإذا كان التشريع الجديد يتيح الفعل

---

(١) وهذا يرجع فى الحقيقة إلى ما بحثه الاصوليون وعلماء الكلام من موضوع التحسين والتقبيح العقليين، وهل يمكن أن يستقل العقل بدرك ما فى الأفعال من حسن أو قبح دون حاجة إلى تبليغ رسول. راجع هذا تفصيلا فى كتابنا مباحث الحكم عند الاصوليون وفيه أيضاً الكلام عن الحكم التكليفى الاقتضائى الناهى على سبيل الجزم أو الكراهة وأثر مخالفتهما فى الإثم واستحقاق العقاب.

الذى كان محظوراً وحكم على فرد بمقتضى الحظر وجب وقف التنفيذ أما إذا كان التشريع الجديد فى غير صالح الجانى وجب عدم تطبيقه بأثر رجعى(١).

والمبدأ الشرعى يقضى بسريان أحكام الشريعة على جميع الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أيا كان مرتكبها، وكذا ما يرتكب فى دار الحرب من جرائم من أشخاص يقيمون أصلاً فى دار الإسلام. ويتجه أبو حنيفة فى تطبيق هذا المبدأ إلى أن أحكام الشريعة تطبق على الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام من مسلم أو ذمى، أما المستأمن فإنه لا يعاقب بمقتضاها إلا إذا ارتكب جريمة تمس حقا للأفراد. وأما الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب فلا قدرة على مرتكبها أثناء ارتكابها. ويتجه أبو يوسف إلى وجوب سريان أحكام الشريعة على كل المقيمين على دار الإسلام فيعاقب المستأمن على ما يرتكبه من جرائم فى دار الإسلام حتى لو كانت متعلقة بحق الجماعة(٢) . ويرى مالك والشافعى وأحمد(٣) سريان أحكام الشريعة على الجرائم التى ترتكب من رعايا دار الإسلام فى أى مكان كان حتى لو كان الفعل مباحاً فى دار الحرب كشرب الخمر مثلاً، وكذا تسرى أحكام الشريعة على ما يرتكبه المستأمن فى دار الإسلام. ويبدو أن هذا الرأى هو الذى أخذ به قانون العقوبات المصرى(٤).

---

(١) كانت القاعدة فى القوانين الوضعية قديماً أن للشارع الحق فى أن يجعل لأى قانون جنائى أثراً رجعياً دون تقيد بأى مصلحة، وفى الثورة الفرنسية ألغى هذا الحق، وفى أواخر القرن الماضى أباحوا الرجعية إذا اقتضى صالح الجماعة ذلك لأن مصلحة المجتمع تعلو مصلحة الفرد. وقد جعل المشرع الفرنسى والمصرى أثراً رجعياً فى قوانين معتادى الإجرام والاشتباه ـ على بدوى فى القانون الجنائى ص ١١٦ . ويعلق على ذلك الأستاذ عبد القادر عودة فى كتابه التشريع الجنائى الإسلامى جـ ١ ص ٢٧٤ فيقول: إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضى تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى الأثر الرجعى للتشريع الجنائى، وإن ما نعتبره اليوم أحدث الآراء والنظريات فى القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقاً للنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً.

(٢) الفتح جـ ٤ ص ١٥٢ والبدائع جـ ٧ ص ١٣١ . أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٤١٢.

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٤٠١.

(٤) التشريع الجنائى الإسلامى عبد القادر عودة ص ٢٩٠.

٢ ـ أن يكون الجانى مكلفاً مسئولا عن الجريمة، وهو ما يعبر عنه بالركن الأدبى، والمسئول عن الجريمة فى الشريعة الإسلامية هو الإنسان الحى المكلف، يقول الرسول عليه السلام «رفع القلم عن ثلاثة: الصبى حتى يحتلم والنائم حتى يصحو، والمجنون حتى يفيق» فالشريعة لا تؤاخذ فاقد الإدراك ولا المضطر ولا المكره لأنهم غير مكلفين[١] ومن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤخذ بجناية غيره يقول الله تعالى ﴿أن لا تزر وازرة وزر أخرى﴾[٢].

ولذا فإن المسئولية الجنائية ـ وهى تحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التى يأتيها مختاراً مدركا لها ـ تقوم على إتيان فعل محرم، مع توافر الاختيار والإدراك.

٣ ـ أن يأتى عملا توجد معه الجريمة سواء أكان فعلا أم تركا، وهذا هو المسمى بالركن المادى للجريمة، والأصل فى الفقه الإسلامى أن الإنسان لا يؤخذ على ما توسوس به النفس لقول الرسول عليه السلام «إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم» فلا يستحق الإنسان عقوبة على مجرد التفكير والعزم، وإنما يستحق العقوبة مخففة على الشروع[٣] وكاملة على التنفيذ، وإذا عدل الجانى عن إتمام جريمته بدافع من نفسه بغضاً فى الجريمة ورجوعاً إلى الله فإنه لا يعاقب فى جريمة الحرابة اتفاقاً لقول الله تعالى ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ واختلفوا فيما عداها، أما إذا عدل لأى سبب غير التوبة فهو مسئول ما دام الفعل الذى تم يعتبر معصية كمن يكسر الباب ثم يعدل عن السرقة لرؤية الحارس، أو ينقب الحائط ثم يعدل لتنبه من بالدار، أما إذا وصل بالقرب من المنزل ثم عدل لوجود كثير من المارة أو تنبه الحارس فإنه لا يعاقب لأن ما تم من فعل لا يعتبر معصية.

---

(١) راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين عند الكلام على المكلف.

(٢) سورة النجم جـ ٢٧ آية ٢٨.

(٣) وفى الأحكام السلطانية ص ٣٢٩ «فإذا جمع المال فى الحرز واسترجع منه قبل إخراجه ضرب أربعين سوطاً، وإذا نقب الحرز ولم يدخل ضرب عشرين سوطاً، وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله ضرب عشرة أسواط وإذا وجد معه منقب أو كان مرصداً للمال يحقق...».

والشريك المباشر فى ارتكاب الجريمـة لا يتأثر بظروف شريكه، وهذا ما عليه قانون العـقوبات المصـرى م ٣٩، وعقوبة الشـريك غير المبـاشر للجـريمة أقل من عقوبة المباشر فى جرائم الحدود والقصاص، أما فى جرائم التعزير فهما متساويان.

أقسام الجريمة:

أولا ـ الجرائم من حيث جسـامتها تنقسم إلى جـرائم توجب الحد وجرائم توجب القصاص أو الدية وجرائم توجب التعزير.

وجـرائم الحـدود سـبع: جـريمـة الزنا، والسكر، والقـذف، والسـرقـة، والحرابة، والبـغى، والردة. أما جرائم القصـاص والدية فخمس: القتل الـعمد، وشبه العـمد، والخطأ والجناية على ما دون النفس عمداً أوخطأ. وجـرائم التعزير غيـر محددة وتشمل كل فـعل محرم لم يرد له نص مـحدد بعقوبة دنيـوية كالربا، وخيانة الأمانة والرشوة، والغدر فى العهد.

ثانياً: ومن جهة أخرى فالجرائم إن كانت مقصودة، وهو ما يسمى بالعمد فإنهـا تدل على فساد نفسـية الجانى واتجـاهها إلى الإجرام، ويقرب منه من قـصد الفعل دون نتيجة وهو ما يسمى بشبه العمد، وهو ما يعبر عنه فى القانون بالضرب المفضى إلى الموت، أما إذا كـان الفعل حدث منه بخطأ فى القصد كمـن يرى شيئاً على أنه صيـد أو حربى فإذا هو إنسان غـير حربى أو يخطئ فى الفـعل كأن يرمى هدفاً فتنحرف يده فيصيب إنساناً، أو كان قد جرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على إنسان فيقتله، أو كان الفعل سببـاً فى الجناية كحافر البئر وواضع الحجر فى الطريق العام أو غيـر ملكه فتردى فيه الغـير ومات. وهذا يسمى القـتل بالتسبب[1]. فكل هذا يعتبر جريمة غير مقـصودة، وهى إن دلت على إهمال الشخص وتقصيره فإنها لا تدل على اتجاه نفسه إلى الإجرام.

---

(١) الهداية جـ ٤ ص ١٢٩، ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٧٢، العينى على الكنز جـ ٢ ص ٣٠٠.

ثالثاً: والجرائم أيضاً قد تكون إيجابية وتتحقق بإتيان فعل ممنوع وهى الكثرة الكاثرة، واعتبر الفقهاء التسبب الإيجابى من الجرائم الإيجابية إذا وجد التعدى، وتحققت السببية ولو غالباً، ولم يقطع سببية الفعل للضرر قاطع أجنبى عن الفاعل، كمن يقف دابة فى الطريق فتطأ شخصاً، لقول الرسول «من أوقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن» ومن هذا من يضع حجراً فى الطريق العام فيصطدم به أحد المارة، ومنه أيضاً من يطبب الغير دون أن تكون له دراية بالطب لقول الرسول «من يطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن».

ومن ذلك أيضاً ما جاء فى التتارخانية باسم الصيحة المفاجئة بأن يصيح على آخر فجأة فيموت منه فإن الدية تجب على الصائح، وكذا من غير من صوته وصورته وخوف آخر فجن أو مات فإنه يضمن، ولذا نهى النبى عن ترويع المسلمين، ومنه ما يسمى باب الضياع كمن يفتح القفص للطير فيطير، أو باب الحظيرة فتخرج الدابة أو باب السجن فيهرب السجين، بشرط ألا يطرأ عليه ما يقطع التسبب،كأن يأتى آخر فيهيج الطير أو الدواب بعد فتح الباب فإن الضمان هنا على المباشر، إذ يقول الفقهاء: «إن الحكم يضاف لآخر سببه»(١).

ويبدو أن الممتنع عن مقاومة الجريمة يعتبر مسئولا إذا وجب عليه شرعاً أو عرفاً أن يقاومها، والقانون فى القرن التاسع عشر أخذ بوجهة نظر الفقه الإسلامى، وقد كان قبل ذلك لا يرى إحداث الجريمة بالترك، ومع هذا فقد قيد القانون المسئول بالامتناع بأن يكون مكلفاً فى الأصل بالعمل، وأن يكون الامتناع مخالفة لما هو مكلف به كالجندى المعين للحراسة والمحافظة على الأمن عن منع وقوع الجريمة التى من وظيفته أن يعمل على منعها ما دام ذلك فى مقدوره.

---

(١) الدر المختار مطبوع بهامش ابن عابدين جـ ٥ ص ٢٧٢.

رابعاً: ومن ناحية أخرى فإن الجرائم إذا شرعت العقوبة فيها لحفظ الجماعة سميت جرائم ضد الجماعة كجرائم الحدود، وإذا كانت العقوبة شرعت لمصالح الأفراد سميت جرائم ضد الأفراد كجرائم القصاص والديات. ولا يمنع فى اعتبار بعض الجرائم جرائم ضد الجماعة مساسها بمصالح بعض الأفراد ووقوعها عليهم إذ المراعى أن مصلحة الجماعة فيها غالبة، كما لا يمنع من اعتبار بعض الجرائم ضد الأفراد مساسها بمصلحة الجماعة، وجرائم التعزير منها ما يمس مصلحة الجماعة، ومنها ما يمس مصلحة الأفراد.

خامساً: وكذلك فإن الفقه الإسلامى قسم الجريمة إلى: جريمة اعتياد وهى مالا يؤخذ الشخص على فعلها أو تركها مرة أو مرتين، وإنما يؤاخذ على اعتياد ذلك، ومن ذلك ترك النوافل وفعل المكروهات، ولذا قال الفقهاء إن اعتياد ترك السنن يسقط العدالة، وعده بعضهم من الكبائر عملا بقاعدة أن الإصرار على الصغيرة يعد كبيرة، مع أن أصل الترك لا يعتبر جريمة.

وجريمة بسيطة لا يشترط للعقاب عليها اعتيادها كالسرقة والزنا والقتل وأمثال ذلك. وهكذا فقد عرف الفقه الإسلامى أيضاً الجرائم العادية والجرائم السياسية كالبغى والتجسس لصالح أهل الحرب.

ثانياً ـ العقوبة

العقوبة وهل هى فى ذاتها مصلحة وما القصد منها: العقوبة جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه، وترك ما أمر به، فهى قبل الفعل موانع وبعده زواجر، والعقوبة ليست فى ذاتها مصالح بل هى مفاسد أوجبها الشارع لأنها تؤدى إلى درء مفسدة بالجماعة، وتحقق مصلحة لها، والقصد من إقامتها فى الشريعة وفى القانون أيضاً حفظ كيان المجتمع وضمان بقائه، غير أن الشريعة تعتبر التقويم الخلقى هو الدعامة الأولى التى يقوم عليها المجتمع، إذ الفساد الخلقى فى المجتمع هو أساس انهياره وانحلاله، ولذا فإن فى تطبيق الحكم

الإسلامى رفعاً للمستوى الخلقى وتقليلا للجرائم الخلقية، يقول ابن تيمية[١] «العقوبات الشرعية إنما شرعت رحمة من الله بعباده، فهى صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم، ولهذا ينبغى لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة بهم».

العقوبة الأخروية والدنيوية: حذرت الشريعة من ارتكاب المحظورات ورتبت على مخالفة ذلك عقوبة غير أنها جعلت بعضها عقوبة أخروية صرفة، وهى تكون جزاء جرائم لا يمكن ضبطها فى الدنيا ولا يجرى عليها الإثبات كجريمة الحسدوالنفاق والنميمة والغيبة والحقد والكذب وغيرها من الجرائم الخلقية مما لا يطرح أمام القضاء، وجعلت بعضها عقوبات دنيوية يحكم بها القضاء ويشرف على تنفيذها ولى الأمر، وهى العقوبات المترتبة على جرائم يجرى عليها الإثبات، ومن شأنها أن تفسد الجماعة كالجرائم على المال والنفس والعرض والدين والعقل من سرقة وقتل أو جرح، وزنى وقذف، وردة، وسكر، وما يرتكب ضد أمن الدولة والجماعة كالبغى والحرابة، وكل محظور يتصل بالحياة العامة ويؤثر على حقوق الجماعة والأفراد فإنه قد رتب الشارع له عقوبة دنيوية تتناسب مع نفس الجريمة وأثرها فى المجتمع لتكون سيفاً مصلتا على رقاب من تضعف عقيدتهم فلا يرتدعون بالعقاب الأخروى،والهدف الأول من العقوبة الدنيوية فى الواقع إنما هو كفالة حياة سعيدة لبنى الإنسان بعيدة عن التفكير فى الإجرام والإيذاء.

هل العقوبة الدنيوية ترفع الجزاء الأخروى: والعقوبات الدنيوية على هذا النوع من الجرائم يعتبرها بعض الفقهاء مع ما فيها من الزجر جوابر وكفارات للذنوب،أى تنفيذها على الجانى فى الدنيا يقيه عذاب الآخرة أخذاً من حديث[٢] عبادة بن الصامت الذى يقول فيه النبى عليه السلام بعد أن بايعهم على ترك بعض المحظورات: «إن من أصاب من هذه المعاصى شيئاً فعوقب به فى الدنيا فهو كفارته، ومن أصاب من ذلك شيئاً فستره الله عليه إن شاء غفر له وإن شاء عذبه».

(١) فتاوى ابن تيمية ص ١٧١.

(٢) البخارى بشرح الكرمانى جـ ٢٣ ص ١٨٦ ـ ١٨٧، الفتح جـ ٨ ص ١١٢.

ويرى البعض أنها ليست جوابر وإنما هى زواجر بمعنى أنها تردع فى الدنيا من يفكر فى الإجرام وتحول بينه وبين ذلك مع بقاء العقاب عليها أيضاً فى الآخرة استدلالا بأدلة متعددة، منها قوله تعالى فى قطاع الطريق: ﴿... لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾، ومنها قوله تعالى فى الذين يرمون المحصنات ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون﴾ فقد جمعت الآية لهم بين عقوبة الدنيا بالجلد وعدم قبول الشهادة، وفى الآخرة بتسجيل الفسق عليهم لأن الفسق وصف يقتضى ثبوت العقاب فى الآخرة، وهذه عقوبة القتل والزنا، وقد رتب الله لهما عقوبة فى الدنيا بوجوب القصاص بقوله جل شأنه: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾ ووجوب الجلد بقوله: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ ومع هذا فقد رتب لهما عقوبة فى الآخرة بقوله: ﴿... ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً* يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً* إلا من تاب...﴾[1].

أقسام العقوبة الدنيوية: وقد جعلت العقوبة الدنيوية فى الفقه الإسلامى قسمين: عقوبة محددة لجرائم خطرها على المجتمع قوى وهذه تكون بالقتل والنفى أو القطع أو بالجلد وعدم قبول الشهادة أو الجلد وحده، والقسم الثانى عقوبة لم يحدد قدرها وإنما ترك التقدير لولى الأمر والحاكم ليقدره بقدر الجريمة مع مراعاة الظروف التى أحاطت بها واعتياد الأثم الذى ارتكبها، وغير ذلك من ظروف البيئة وما به تنصلح الجماعة ويأمن الأفراد، وسنشير أولا إلى العقوبات المحددة ثم نذكر بعد ذلك عقوبة التعزير «العقوبات غير المحددة».

---

(١) اختلف الفقهاء فى أمر قبول توبة القاتل يقول ابن عباس: إن النص الذى يفيد قبول التوبة مكى وهو منسوخ بما نزل أخيراً فى سورة النساء المدنية ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾، ورأى غيره خلاف ذلك وموضعه كتب التفسير عند تفسير الآيتين المذكورتين «سورة النساء والفرقان».

العقوبات المحددة

أ ـ **القتل**، وهذا يكون عند الاستخفاف بأمر الدين والردة عن الإسلام بعد تذوقه، وهذا ثابت بما روى عن ابن عباس أن الرسول قال: «من بدل دينه فاقتلوه» ومع هذا فهناك عقوبة توعده الله بها فى الآخرة بقوله ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار. . .﴾.

ولعل الجزاء الدنيوى المذكور غير مترتب فى الواقع على نفس الارتداد إذ لا إكراه فى الدين، وإنما العقوبة مترتبة على ما كان يترتب على الارتداد من الانضمام إلى أعداء الإسلام ومحاربة المسلمين وإحداث الفتنة فى صفوفهم، يدل على ذلك أن قتل المرتد لنفس الارتداد مستفاد من حديث، هو خبر آحاد مع أن القاعدة أن الحدود تدرأ بالشبهات(١).

كما جعل القتل قصاصاً من القاتل عمداً عدواناً بغير حق علاجاً لهذا الشذوذ فى المجتمع، ولم يجعل الإسلام لدم أحد فضلا على دم الآخر، وإنما الناس جميعاً سواء أمام القانون الإسلامى، بل أجمع الفقهاء على أن السلطان نفسه ينبغى أن يقتص منه إن تعدى على أحد أفراد رعيته بالقتل العمد العدوان إذ ليس بينه وبين العامة فرق فى أحكام الله. وليس هناك من هو فوق القانون الإسلامى أو من يخضع القانون لرغباته وأهوائه، انظر قول الرسول حينما أرادت قريش بعد إسلامها إعفاء بعض الشريفات من إقامة الحد عليها «. . . إنما هلك الذين من قبلكم إنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»(٢).

---

(١) راجع فى هذا كتاب الإسلام عقيدة وشريعة للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر السابق ص ٢٥٢ مطبعة الأزهر.

(٢) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم ص ٥١، ١٠٦.

والإسلام وإن أقر عقوبة القصاص من القاتل[١] الذى سلب حياة المجنى عليه بغير حق ويتم أطفاله وروع المجتمع وتحدى شعور الجماعة بفعلته فإنه لم يتغال فى ذلك، وإما قصر مسئولية الجناية على الجانى ﴿ولا تزر وازرة وزر اخرى﴾ وجعلها بقدر جنايته دون مغالاة ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ ومع هذا قد حبب العفو إلى النفوس ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾ والتشريع الإسلامى وإن جعل حق العفو لولى الدم فإنه لم يقصر حق طلب القصاص عليه. وإنما إذا كان الجانى قد عرف بالشر والفساد حق للحاكم أن يدفع شره عن الجماعة بما يراه، هذا وإن كان لولى الدم حق طلب القصاص فإنه ليس له على الراجح أن يستوفى ذلك بنفسه لأن تخليص الناس بعضهم من بعض من وظيفة الحكام. يقول القرطبى[٢] «لا خلاف فى أن القصاص فى القتل لا يقيمه إلا أولو الأمر، بل نقل عن المالكية[٣] إن ولى الدم إذا باشر قتل الجانى من نفسه فإنه يؤدى لافتياته على الإمام فى حقه، وجاء مثله فى كتب الشافعية، وفى معين الحكام لقاضى القدس الحنفى علاء الدين: «أن ذلك هو الشأن الذى لا ينبغى سواه»، مع أن كتب الأحناف على أن للولى حق الاستيفاء، لكن صاحب معين الحكام حكّم السياسة الشرعية فى هذا ووجد أن تنظيم الأحكام وتركيز الحقوق يقضيان بجعل ذلك الحق فى يد الإمام أو من ينيبه.

ومن هذا أيضاً عقوبة الإفساد فى الأرض والاعتداء على الأمن يقول الله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا

---

(١) والمنتحر القاتل لنفسه ليس بأقل بشاعة من قاتل الغير بغير حق، وإنما يستحق العقاب فإذا لم يكن متيسراً تنفيذ العقوبة لزهوق الروح فعلا فجزاؤه فى الآخرة قائم، روى أبو هريرة عن الرسول أنه قال «من قتل نفسه بحديدة فحديدته فى يده يتوجأ بها فى بطنه فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبدا، ومن قتل نفسه بسم فسمه فى يده يتحساه فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو متردٍ فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبدا».

(٢) الجامع لأحكام القرآن جـ ٢ ص ٢٢٦ طبعة دار الكتب المصرية.

(٣) الإسلام عقيدة وشريعة للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت ص ٣٣٤.

أو يصلبـوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينـفوا من الأرض﴾[1]، واتجه بعض الفقـهاء إلى أن الإمـام مخيـر فى تطبيق مـا يراه من العقـوبات المذكورة فى الآية، والظاهر أن المقصود بالنفى اعـتقالهم فى مكان ناء عن بلدهم، وواضح فى الآية أن التوبة ترفع هذه العقوبة وإن بقى معـها حق القصاص فى النفس والجراح وغرامة الأموال، وفى الموضـوع تفصيل فى كتب الفقه والتفسـير، فقد بينت قطع الطريق والبغي والتـجسس بياناً كـاملا، وبينت ما إذا كـان الحكم يطبق على الجناة مسلمين أو ذميين أو مستأمنين على السواء، وأثر هذه الجرائم فى المعاهدة.

كـما قـال أهل السنة إن عـقـوبة الزناة المحـصنين هى القـتل بطريق الرجم مستندين فى ذلك إلى عمل الرسول، وما جاء بالسنة، وما قيل من نزول آية قرآنية بذلك نسخ لفظها وبقى حكمها. وسنعرض لذلك عند الكلام عن عقوبة الزنا.

٢ ـ **عقوبة القطع**: وهذه تكون فى الاعتداء على أمـوال الناس بالسرقة من حرز على الشروط التى جـاءت بموضعها فى كتب الفقه قـال الله تعالى ﴿والسارق والسارقة فـاقطعوا أيديهمـا جزاء بما كسبـا نكالا من الله والله عزيز حكيم * فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فـإن الله يتوب عليه﴾. وقد اتجه فريق من الـفقهاء إلى أن التوبة تسقط الحد، وتمنعه، وتفصيل ذلك فى موضعه من كتب الفقه.

والقطع كما أشـرنا قبل، إحدى العقـوبات التى خير الشارع فيـها ولى الأمر ليعاقب بهـا المعتدين على الأمن العام بالمحاربة والإفـساد فى الأرض ﴿أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف...﴾.

٣ ـ **عقوبة الجلد**: وهى تكون فى عـقوبة الاعـتداء على الأعـراض بالزنى يقول الله تعالـى ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهـما مائة جلدة﴾[2]، ومن

(١) سورة المائدة جـ ٦ آية ٣٣.

(٢) سورةالمائدة آية ٣٨/٣٩.

(٣) أول سورة النور.

عدا الخوارج قال إن هذه الآية خاصة بغير المحصنين أما هم فعقوبتهم الرجم حتى الموت، واستدلوا على ذلك بفعل الرسول عليه السلام وبما روى عنه، لكن الخوارج يرون أن النص عام ويفيد أن عقوبة الزنا هى مائة جلدة لا فرق بين المحصنين وغيرهم[1] واستدلوا على ذلك بجملة أدلة أوردها الفخر الرازى فى تفسيره.

هذا ولعل ما حدث فى أيام الرسول كان على سبيل السياسة والتعزير وليس على أنه تشريع عام دائم، كما أن أحاديث الآحاد لا يقام بها مثل هذا الحد، والقول بنسخ لفظ الآية القرآنية مع بقاء حكمها ينبغى أن يكون محل نظر لأن النسخ إذاً يكون قاصراً على منع التعبد بآية جاء بها الوحى.

ومن عقوبة الجلد أيضاً جلد القاذف عند عدم الإتيان بأربعة شهود يقول الله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ ويستوى فى ذلك قذف الزوجة والأجنبية إلا أنه فى قذف الزوجة[2] تقوم الشهادات الأربع مقام الشهود الأربعة ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم

---

(١) ونقل عن أبى مسلم الأصفهانى أن آية ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم..﴾ خاصة بالسحاق الذى يحدث بين المرأتين وآية ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما﴾ خاصة باللواط الذى يحدث بين الرجلين، وآية ﴿الزانية والزانى﴾ خاصة بالفعل المشترك بين الرجل والمرأة، وبذا تكون عقوبة الجناية على الأعراض مستكملة عنده وأن الآية محكمة لا نسخ فيها.

(٢) لما نزل الوحى بقول الله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات...﴾ الآية، وهى عامة تشمل الزوجات وغيرهم ضج الأزواج وقالوا للرسول أرأيت لو وجد أحد امرأته على فاحشة كيف يصنع؟ إن تكلم تكلم بأمر عظيم وإن سكت سكت على مثل ذلك وإن ذهب ليأتى بالشهود انتهى كل شىء فنزل قول الله ﴿والذين يرمون أزواجهم..﴾.

وقد فهم المفسرون والفقهاء معانى مختلفة لقوله ﴿ويدرأ عنها العذاب﴾ فقال الشافعى العذاب هو الحد المذكور وقال الأحناف كما فى العينى على الكنز جـ ١ ص ٢١٤ «إذا قذف زوجته وطالبته بالحد وجب اللعان إن أبى حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد».

قارن ذلك بما قاله الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت فى كتابه الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٥٠ «وعلى مذهب الحنفية يكون للقذف عقوبتان عقوبة الجلد فى قذف الأجنبية وعقوبة الحبس فى قذف الزوجة» لكن الذى يستفاد من كلام الفقهاء هو أن الحبس ليس هو العقوبة إنما هو وسيلة لأن يلاعن أو يكذب نفسه.

شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين * والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين * ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين * والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾[١].

ومع هذا فهناك عقوبة تبعية فوق الجلد وهى عدم قبول الشهادة.

كما أن من عقوبة الجلد أيضاً جلد شارب الخمر لأن فى هذا اعتداء على العقل، وهذه العقوبة وإن لم يرد فى القرآن نص بها، ومع ورود النهى عن شرب الخمر وبيان المفاسد المترتبة عليه ولكن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب الشارب بجريدة نحو أربعين وفعل مثل ذلك أبو بكر، أما عمر فقد ضربه ثمانين. ولذا فقد قال الشافعى إن شارب الخمر يجلد ثمانين جلدة عملا بحديث على، وجاء فى شرح العينى[٢] على الكنز أن الصحابة أجمعوا على ذلك.

وقد يكون ما فعله عمر وعلى من جلد الشارب ثمانين جلدة روعى فيه عقوبتان: عقوبة على السكر، وعقوبة على قذف وقع من السكران المقدم للمؤاخذ، ولما اجتمعت العقوبتان نفذا عليه العقوبة الأشد وهى عقوبة القذف. ويمكن أن يستفاد هذا من قول على «إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وحد الافتراء ثمانون جلدة».

والحدود بوجه عام يجب مراعاة الاحتياط فيها والتأكد من إثبات الجرائم التى يقام عليها الحد، ومع هذا فالرسول يقول «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلمين مخرجاً فخلوا سبيلهم فإن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة».

---

(١) سورة النور ـ ١٨ آية ٦/٩.

(٢) جـ ١ ص ٢٨٧.

العقوبات غير المحددة «التعزير»

التعزير عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله أو لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ويراد منها الإصلاح والتاديب والزجر والردع(١)،ويجوز التعزير ما أمنت عاقبته غالباً فينبغى ألا تكون عقوبة التعزير مهلكة، لكن أجاز الفقهاء التعزير بالقتل استثناء، لمصلحة تقتضى ذلك كقتل الجاسوس ومعتادى الجرائم الخطيرة، والاستثناء لا يتوسع فيه، ويسمى الأحناف هذا النوع القتل سياسة، وأجازه ابن تيمية وابن القيم وبعض فقهاء المالكية.

والعقوبات الدنيوية التعزيرية منها عقوبة الوعظ يقول الله تعالى ﴿فأعرض عنهم وعظهم﴾(٢).

ومنها عقوبة التوبيخ ومن ذلك قول الرسول لأبى ذر حينما عير رجلا بأمه «إنك امرؤ فيك جاهلية» ومن ذلك حديث الرسول لمعاذ وقد شكا بعض الناس أنه يطيل بهم الصلاة فقال «أفتان أنت يا معاذ؟! من أم بالناس فليخفف» وكذلك فى حادث أسامة حينما قتل رجلا فى إحدى الغزوات شهد عند رفع السيف عليه أن لاإله إلا الله وأن محمداً رسول الله، فظن أسامة أنه يحقن بها دمه وقتله، فلما علم الرسول قال له «هلا شققت عن قلبه!».

ومنها عقوبة الحبس فقد روى أن الرسول حبس شخصاً فى تهمة. وقد أجمع الفقهاء على جواز حبس المدين، وقد قلنا إن قاذف زوجته يحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد، ولمن أفسد فى الأرض فقد قلنا إن ولى الأمر خير بين عقوبات، إحداها النفى وقد فسره الحنفية بالحبس.

---

(١) المبسوط للسرخسى جـ ٩ ص ٣٦.

(٢) وفى القرطبى جـ ٥ ص ٢٦٥ «عظهم أى خوفهم»، ويقول الله تعالى ﴿واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن﴾. فيدخل فى التعزير أيضاً بالنسبة للزوجة هجر الفراش والضرب اللين.

ومن التعزير أيضاً القتل فمن قول الرسول: ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهى جمع فاضربوه بالسيف كائناً من كان. وقد أشرنا سابقاً إلى أن التعزير بالقتل استثناء، وأنه عرف بالقتل سياسة.

والتعزير يكون فى الجرائم التى لم يحدد لها الشارع عقوبة كما قلنا، والجرائم التى حددت لها عقوبات ولكن لم تتوافر فيها شروط هذه العقوبة كالشروع فى القتل وهو كما يقول ابن القيم «يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً أو مكاناً أو حالا، ويختلف تقدير العقوبة فيها حسب خطر الجريمة وتأصلها فى نفس المجرم».

وقال المالكية يجوز الزيادة فى التعزير عن الحد المقرر لجنس الجريمة ويؤيد هذا قول عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه «تحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من فجور».

كما أن الرسول عليه السلام له باعتباره حاكماً وإماماً أقوال مبنية على التدبير المصلحى، ونقل ابن عابدين أن أصول الحنفية «أن مالا قتل فيه عندهم ـ مثل القتل بالمثقل، وفاحشة الرجال ـ إذا تكررت فللإمام أن يقتل فاعله، وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر إذا رأى الإمام المصلحة فى ذلك».

ومن أنواع التعزير العقوبات المالية بأن يفرض عليه الحاكم غرامة مالية، وبذلك يقول أبو يوسف وفقهاء المالكية.

والعقوبة التفويضية «التعزير» فى الواقع أساس قوى لاستقرار النظام ودليل واضح على صلاحية تطبيق أحكام الشرع فى مختلف البيئات والأزمنة، والشريعة وإن تركت تحديد العقوبة فى الجرائم التعزيرية إلى ولى الأمر فإنها قيدته فى ذلك بما يقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدفاع عن مصالحها فى حدود القواعد العامة للشريعة، ومع هذا فالمقصود بعدم التحديد تمكين ولى الأمر من أن يضع من العقوبات ما يتناسب مع حاجة العصر والبيئة، وأن يكون له حق العفو عن المجرم دون مساس بحق المعتدى عليه، كما أن سلطة القاضى واسعة عند التطبيق فإنه

يصح أن يقضى بأقصى العقوبة أو أدناها حسب الظروف المختلفة أو المشددة. ومن حق القاضى أن يعزر المجرم على جرمه سواء تنازل صاحب الحق أم لم يتناول.

وسلطان القاضى فى توقيع العقوبات فى الفقه الإسلامى فى مثل هذه الأمور لا يتوقف على دعوى يتقدم بها المجنى عليه أو ولى دمه وإنما يكتفى أن يشعر القاضى بالجريمة عن طريق الدعوى العامة وليس للمجنى عليه أو وليه أن يمنع حكم التعزير أو يقف تنفيذه لأنه ليس خالص حقه وإنما فيه حق الجماعة، والقاضى إنما يعذره نيابة عن المسلمين عامة(١).

انقضاء العقوبة بمضى المدة: جاء فى الهداية والعناية والفتح(٢) أنه إذا شهد الشهود بسبب حد متقادم ـ لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام ـ لم تقبل شهادتهم إلا فى حد القذف، وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به، والأصل فيه أن ما كان حقاً خالصاً لله يبطل بالتقادم خلافاً للشافعى، لأن الشاهد مخير بين حسبتين: أداء الشهادة والستر، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقاً آثماً، فحد الزنا والسكر والسرقة خالص حق الله حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعاً وضمن السرقة، والتقادم غير مانع فى حقوق العباد لأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى، ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء خلافاً لزفر، واختلفوا فى حد التقادم على ما هو مبين فى موضعه فارجع إليه إن شئت تفصيل الموضوع(٣).

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٢٦ وحاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٩٧.

(٢) جـ ٤ ص ١٦١ ـ ١٦٥.

(٣) وموضوع تقادم الدعوى الجنائية تناولته المادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية وهو يتضمن انقضاء الدعوى الجنائية فى مواد بمعنى الجنايات. عشر سنين وفى مواد الجنح بمضى ثلاث سنين، وفى مواد المخالفات بمضى سنة هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك انظر شرح قانون الإجراءات الجنائية من ص ١١١ للأستاذ الدكتور محمود مصطفى ـ طبعته السادسة سنة ٥٩ ـ ٦٠.

عدم تعيير الآثم بجريمته الأولى: والشريعة الإسلامية حثت على عدم تعيير المجرم بجريمته[1] حتى لا تستمرئ نفسه طريق الجرم ويستأصل فيها، يروى أن رجلا أقيم عليه حد شرب الخمر فقال له آخر أخزاك الله فغضب النبى وقال «لا تعينوا عليه الشيطان»، فالإسلام بهذا يعمل على فتح باب التوبة أمام المذنب ولا يجعله يفقد الأمل فى ثقة المجتمع فيه وفى أن يغفر له زلته ويمسح له خطيئته، والعناية بشفاء نفس المجرم وعلاجها أمر له أثر كبير فى المجتمع، فإنه بهذا بدل أن يفكر فى الانتقام من مجتمع طرده يفكر فى الندم والاستغفار، وفضلا عن أن الشريعة الإسلامية تقتصر عن حل كثير من مسائل الإجرام التى هى مثار نزاع بين فقهاء القانون الحديث فإنها تشمل من مبادئ العقوبة ونظمها ما لا يقل فى سعة النطاق وفى تهذيب الفكرة عن أحدث المبادئ والنظم الوضعية[2]، وإنه لو قورن بين الشريعة الإسلامية والشرائع الغربية لوجد فى ذخائر الشريعة الإسلامية من المبادئ والنظريات ما لا يقل فى رقى الصياغة وإحكام الصناعة عن أحدث المبادئ والنظريات وأكثرها تقدماً فى الفقه الغربى[3].

وبهذا نكون قد انتهينا بحمد الله وعونه من عرض ما أردنا عرضه، ونلجأ إلى ساحة الله العلية فى أن يجعل عملنا هذا نافعاً صالحاً وأن يوفقنا إلى الرجوع إلى شريعته فى أحكامنا وكل ما يتعلق بشئوننا.

---

(١) الجريمة والعقوبة للأستاذ الشيخ أبى زهرة ص ١٥.

(٢) الأستاذ على بدوى مجلة القانون والاقتصاد.

(٣) الأستاذ الدكتور السنهورى فى نظرية العقد. وراجع فى الموضوع غير ما تقدم بالهوامش السابقة، فى رسالة التعزير للدكتور عبد العزيز عامر، والعقوبة فى الفقه الإسلامى لأحمد فتحى بهنسى والجنايات المتحدة فى القانون والشريعة للأستاذ رضوان شافعى المتعافى، التشريع الإسلامى، لعبد القادر عودة بجزأيه الخاص والعام، والنظرية العامة للتجريم للدكتور أحمد محمد خليفة، والعقوبات الشرعية وأسبابها للأستاذ الشيخ على قراعة وغير ذلك من كتب الفقه والقانون.

ثبت بمحتويات الكتاب

المبحث الثانى : أنواع الأحكام الفقهية.

٤٧ - عبادات. ٤٩ - أحكام الأسرة. ٥٠ - عادات. ٥١ - قسم القانون العام. ٥٣ - قسم القانون الدستورى، المالى، العدالة الاجتماعية فى الفقه الإسلامى. ٥٤ - الناحية الجنائية، القانون الخاص. ٥٦ - قانون المرافعات. ٥٧ - أحكام الفقه الإسلامى أساسها بالدين.

الفصل الثانى : الأدوار التى مر بها الفقه الإسلامى.

المبحث الأول : الفقه فى عهد الرسول.

بدء الدعوة بالحث على التعليم. ٦٠ - التشريع بين مكة والمدينة. ٦٢ - مصادر التشريع فى عصر الرسول. ٦٣ - هل كان للرسول أن يجتهد ويشرع. ٦٤ـ التعريف بالأشعرية. ٦٥ - التعريف بالمعتزلة والمتكلمين. ٦٦ - اجتهاد الصحابة فى عصر الرسول، فائدة الاجتهاد فى هذا العصر.

المبحث الثانى : الفقه فى عصر الخلفاء والصحابة.

٦٩ - الفتح الإسلامى فى هذا العصر وأثره فى الفقه، وبالهامش الفرق بين الخلافة والملك. ٧٠ - امتزاج المسلمين العرب بأهل البلاد المفتوحة وبالهامش التعريف بالجزية. ٧١ - اجتهاد الصحابة، وبالهامش التعريف بالصحابى وبالاجتهاد. ٧٢ - أنواع اجتهاد الصحابة. ٧٣ - أمثلة من فقه الصحابة. ٧٦ - منشأ اختلاف فقهاء الصحابة. ٧٧ - كون الفقه واقعياً فى عصرهم وسببه. ٧٨ - الاجتهاد والإجماع مصادر جديدة فى عصرهم. ٨٠ - تفرق الصحابة وتنازعهم السياسى وأثره فى الفقه. ٨١ هـ ـ المرجئة. ٨٢ - أثر هذا فى السنة.

المبحث الثالث : عصر تكوين المذاهب والتدوين.

٨٣ - بدء ونهاية هذا العصر. ٨٤ - تكوين المذاهب وأثره فى ازدهار الفقه. التعريف بكلمة دين بالهامش. ٨٥ - أسباب ازدهار الفقه فى هذه الفترة، اتساع الدولة وامتزاج الثقافات فيها، تفرق الفقهاء فى الأمصار. ٨٦ - كثرة

الفتاوى والوقائع، التدوين والترجمة. ٨٧ - أثر السياسة فى ازدهار الفقه. ٨٨ - الموالى وأثرهم فى الفقه. ٩٠ - الفقه الافتراضى فى هذا العصر، مصادر التشريع فى هذا العصر ٩١ - الفرق بين فقهاء هذا العصر وسابقه. ٩٢ - تدوين المذهب والنهى عن التقليد والتعصب.

المبحث الرابع: فترة التقليد والجمود.

٩٤ - انحلال الدولة وأثره فى الفقه. ٩٥ - التقليد والتعصب وأثر ذلك. ٩٦ - مراحل هذا التقليد والجمود. ٩٧ - أثر هذا الجمود فى الفقه. ٩٨ - طبقات الفقهاء. ٩٩ - أسباب جمود الفقهاء فى هذا العصر.

المبحث الخامس: النهوض بالفقه ومحاولة تقنين أحكامه.

١٠١ - محاولات النهوض بالفقه بالحركات الانبعاثية التى حدثت فى بعض الدول الإسلامية. ١٠٢ - مظاهر النهضة الفقهية فى العصر الحاضر: دراسة الفقه فى هذا العصر. ١٠٣ - الفقه المقارن والاتجاه إلى دراسته. ١٠٤ دراسة الفقه المقارن وفائدته. ١٠٦ - محاولة تقنين أحكام الفقه الإسلامى دون التقييد بمذهب. محاولة ابن المقفع قديماً. ١٠٧ - محاولة الخليفتين أبى جعفر المنصور وهارون الرشيد. ١٠٨ - محاولة السلطان محمد عالمكير بالهند. ١٠٩ - تنفيذ الفكرة بظهور مجلة الأحكام العدلية وقانون العائلات بالدولة العثمانية. ١١٠ - مصر وتقنين الأحكام الفقهية والنهوض بدراسة الفقه. ١١١ - القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامى.

الفصل الثالث: تكوين المدارس الفقهية وتاريخها.

المبحث الأول: عوامل تكوين المدارس الفقهية ونزعاتها وسبب الاختلاف وأثره فى الفقه.

١١٦ - المدارس الفقهية وبدء تكوينها. ١١٨ - النزعات الفقهية فى نفوس الفقهاء الأوائل. ١١٩ - عوامل تكوين المدارس الفقهية. ١٢٠ - المذاهب

المبحث الثانى: السنة.

٢٠٨ - التعريف بالسنة، السنة القولية والفعلية والتقريرية، ٢٠٩ - حجيتها فى التشريع ومنزلتها من القرآن، ٢١٠ - أقسام السنة من ناحية الرواية: متواتر مشهور، ٢١١ - خبر الآحاد، موقف الفقهاء من خبر الآحاد، ٢١٣ - السنة من ناحية الثبوت والدلالة، الأحكام التى جاءت بها السنة.

المبحث الثالث: شرع من قبلنا.

٢١٥ - أحكام الشرائع الأخرى التى نصت شريعتنا على نسخها، الأحكام التى ذكرتها شريعتنا وأمرت بها، ما جاء منها فى شريعتنا دون أمر أو نهى. ٢١٦ - موقف الفقهاء منها.

الفصل الثالث: مصادر نقلية من غير طريق الوحى.

المبحث الأول: الإجماع.

٢١٨ - الإجماع وما يتحقق به، ٢١٩ - إذا انقسم الفقهاء فى عصر إلى رأيين فهل يجوز إحداث رأى ثالث، ٢٢٠ - تحقق الإجماع ورأى الفقهاء فى ذلك، أنواع الإجماع، ٢٢١ - رأى الفقهاء فى حجية الإجماع، ٢٢٢ - هل لابد من سند للإجماع، ٢٢٣ - الإجماع الذى سنده المصلحة يتغير تبعاً لتغييرها.

المبحث الثانى: قول الصحابى.

٢٢٤ - الصحابى، قول الصحابى لا يكون حجة لصحابى آخر، ٢٢٥ - قول الصحابى الذى لم يعرف له مخالف، قوله بالنسبة لغير الصحابة، ٢٢٦ - آراء الفقهاء فى الاحتجاج بقول الصحابى.

المبحث الثالث: العرف.

٢٢٨ - العرف والعادة، العرف القولى، ٢٢٩ - العرف العملى، العرف العام والخاص، متى يصلح العرف لابتناء الأحكام عليه، ٢٣٠ - العرف واتخاذه دليلا على الأحكام، ٢٣١ - العرف حجة قاصرة.

في اعتبار المصلحة، ٢٦٠ - موقف الطوفي منها، ٢٦١ - ما نتجه إليه ودليل اختيارنا، ٢٦٢ - ما نراه في موقف أبي حنيفة والشافعي من المصلحة. ٢٦٣ - ما ينتجه النظر في مختلف الأقوال الفقهية.

٢٦٤ - المطلب الثاني : تغير الأحكام تبعاً لتغير المصلحة، ما يقبل التبدل من الأحكام، ٢٦٥-الشارع رسم خطة التغيير والتبدل بالنسخ والتدرج، ٢٦٦ - تبديل الصحابة لبعض الأحكام مراعاة لتغير المصلحة، ٢٦٧ - اختلاف اللائحة والمجتهدين كان أساسه أحياناً مراعاة جانب المصلحة، ٢٦٨ - الأحكام المبنية على العرف تتغير تبعاً لتغيره مراعاة للمصلحة. ٢٦٩ - تغير الزمان المقتضى لتغير الأحكام قد ينشأ عن ضعف الوازع الديني أو حدوث أوضاع تنظيمية، ٢٧٠ - الأحكام التي تتبدل بتغير الزمان، ٢٧٠ - ما نراه من عدم جواز تبديل الأحكام الثابتة بالنص، ٢٧١ - رفع الشبهة التي قد تتصور في تغيير بعض الصحابة لبعض الأحكام التي أيدتها النصوص، ٢٧٣ - الأحكام مهما تبدلت فإن المبدأ الشرعي فيها واحد.

المبحث السادس، طائفة من القواعد الفقهية.

٢٧٤ - القواعد الأساسية : الأمور بمقاصدها، ٢٧٥ - لا ثواب إلا بالنية، الضرر يزال، ٢٧٧ - العادة محكمة، ٢٧٨ - اليقين لا يزول بالشك، ٢٧٩ - المشقة تجلب التيسير، ٢٨١ - بعض القواعد الأخرى : الغرم بالغنم، لا يجتمع أجر وضمان. التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، لا مساغ للاجتهاد في مورد النص. ٢٨٢ - الاجتهاد لا ينقض بمثله، ما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه، من سعى في نقض ما تم من جهته، الخراج بالضمان، جناية العجماء، ٢٨٣ - حق العبد مقدم، مسلك القرافي في عرض القواعد، مما عرضه القرافي من قواعد : الأخص مقدم على الأعم، إذن الشارع لا يسقط الضمان، ٢٨٤ - أسباب الكسب الفعلية تصح من عديم الأهلية وناقصها، التخيير بين المتباينات يقتضي التسوية، لا يجزئ عن الواجب خلافه، التداخل في الأسباب خلاف الأصل ٢٨٥ - ما يورده بعض الأصوليين في كتبهم من قواعد : ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، مقدمة الواجب.

القسم الثالث : الاجتهاد والقضاء في الإسلام

الباب الأول : في الاجتهاد.

الفصل الأول : الاجتهاد وما يجوز فيه للمجتهد وشروطه.

المبحث الأول ، الاجتهاد وما يكون فيه.

المبحث الثاني ، المجتهد وشروطه.

الفصل الثاني : مدى حجية الحكم الاجتهادي.

المبحث الأول ، من يلتزم بالحكم الاجتهادي، أثر رجوع المجتهد عن رأيه.

٤١١ - المطلب الثانى : ولاية الحسبة، الأصل فى هذه الولاية، ٤١٢ - أول من وضع نظاماً للحسبة، وجوب الحسبة على كل مسلم لأنها من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، يشترط لوجوبها على الفرد أن تكون دعوته مثمرة وأن يكون آمناً على نفسه، ٤١٣ - من الحسبة دعوة الأمم إلى الإسلام وهداية الضال، ما يشترط فى القائم بالدعوة بالمعروف، ٤١٤ - القول بأنها لا تجب إلا بتكليف من ولى الأمر منعاً للفوضى، ما نراه فى هذا، الفرق بين المحتسب المتطوع ووالى الحسبة، ٤١٥ - لا يتوقف علم المحتسب على دعوى وطلب. ٤١٦ - ناحية الشبه بين وظيفة الحسبة والنيابة العامة.

القسم الرابع : بعض النظريات العامة

نظرية الحق

الفصل الأول : منشأ الحق وأقسامه.

٤٢٣ - التعريف بالحق، ٤٢٥ - منشأ الحق، ٤٢٥ - الحق فى الفقه الإسلامى وليد الشرائع، عدول الاتجاه القانونى حديثاً عن المذهب الفردى إلى أن القانون هو الذى ينشئ الحقوق، بالهامش مناقشة قانونية حول أن القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون، ٤٢٧ - إطلاقات كلمة حق، ٤٢٨ - أقسام الحق، حق الله، ٤٢٩ - حق العبد، تفرقة الفقهاء بين الحق وبين مجرد حق الوصول إليه، ٤٣٠ - وجود منزلة وسط بين الحق والرخصة، عدم معرفة القانون للمنزلة الوسط إلا حديثاً. ٤٣١ - عدم اتجاه الفقهاء قديماً إلى الكتابة عن نظرية الحق كما اتجه رجال القانون، ٤٣٣ - الحقوق المالية وغير المالية، ٤٣٤ - الحقوق التى تئول إلى مال يعتاض عنها بالمال، ٤٣٦ - الحقوق التى تقبل الاسقاط والتى لا تقبله، ٤٣٧ - الحقوق التى تورث والتى لا تورث، ٤٣٩ - عناصر الحق، العنصر الشخصى، المحل الذى يرد عليه الحق، ٤٤٠ - مصادر الحق، حماية المجتمع للحق.

نظرية العقد

الفصل الأول: التعريف بالعقد وشروط تكوينه.

٥١٥ - تمهيد تاريخي، ٥١٦ - تعريف العقد، ٥١٨ - الفرق بين العقد وكل من التصرف والالتزام، ٥٢٠ - ما يتوقف عليه وجود العقد، ٥٢١ - الغاية من التعاقد والباعث الشخصي في نفس المتعاقد، الوفاء بالعقد وعدمه.

الفصل الثاني: تكوين العقد وإرادة المتعاقد.

المبحث الأول: أركان العقد وشروطه.

٥٢٣ - ركن العقد، الإيجاب والقبول، ٥٢٤ - الشرط وما يشترط في العقد، أقسام الشرط باعتبار مصدره، ما يتحقق به العقد، ٥٢٥ - توافق الإيجاب والقبول في جميع جزئياته، اشتمال القبول على الإيجاب وزيادة، ٥٢٦ - لو باعه بثمن مؤجل فقبل بثمن حال، إذا لم يشتمل القبول على الإيجاب؛ ٥٢٧ - قبول المحل للتعاقد شرعاً، ٥٢٨ - كون محل العقد غير معتبر شرعاً؛ وبالهامش التعاقد على بيع لبن الآدمية، وبيع الدم، ٥٣٠ - اتصال الإيجاب بالقبول، وما يتحقق به هذا الاتصال: أن يفهم كل منهما عبارة الآخر، وأن يقصد أثرها. ٥٣٠ - أن يصدر القبول في مجلس العلم بالإيجاب، اعتبار الإيجاب قائماً. ٥٣١ - الشافعية يشترطون الفورية، ويثبتون خيار المجلس، ٥٣٢ - موقف الأحناف من ذلك، ٥٣٣ - ما ينتهي به مجلس العقد، الأحناف يثبتون خيار القبول والحنابلة يثبتون خيار القبول والمجلس ويقولون أن الخيار لا يبطل إلا بالتفرق، مالك لا يشترط الفورية ويلزم المتعاقد بعبارته، ٥٣٥ - رجوع الموجب قبل القبول، ٥٣٦ - خروج الموجب عن أهليته قبل القبول، ٥٣٧ - العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس، التعاقد بالتليفون أو الرسائل، ٥٣٨ - هل مجلس العقد هو مجلس العلم بالرسالة أم مجلس علم صاحب الإيجاب بالقبول.

المبحث الثاني : صيغة العقد وموافقتها للإرادة وأثره.

٥٤١ - العبارة والإرادة، مجرد العزم، ٥٤٢ - مطابقة العبارة للإرادة، ٥٤٣ - صيغة العقد، الألفاظ والتعاقد، ٥٤٥ - التعاقد بالكتابة، ٥٤٦ - التعاقد بالاشارة، ٥٤٨ - التعاقد بالأفعال، ما يشترط لصحة التعاقد بالتعاطى. ٥٤٩ - موقف الفقهاء من عقود المعاطاة، ٥٥٠ - إظهار الإرادة بالعبارة وتأكيدها بالكتابة، ٥٥١ - العقود الرضائية والشكلية والعينية.

المبحث الثالث : عدم مطابقة العبارة للإرادة وأثره.

٥٥٢ - اختلاف العبارة عن الإرادة، إذا اقترن بالعبارة ما يدل على عدم قصد إنشاء التزام بها: لا يقصد العبارة مطلقاً، ٥٥٣ - السكران، ٥٥٥ - المخطئ والناسى، ٥٥٧ - من يقصد العبارة لا باعتبارها منشئة للعقد، ٥٥٨ - التظاهر بانشاء العقد دون الرغبة فى حقيقته، أولا: الهازل والمتظاهر، ٥٥٩ - آراء الفقهاء فى ذلك، ٥٦٠ - التفرقة بين العقود بالنسبة للهزل، تفرقة الشافعية بين الهازل والمخطئ، ٥٦١ - مما يتفرع على التظاهر بإنشاء العقود، بيع التلجئة، ٥٦٢ - إعلان زيادة حقيقة المهر للتفاخر، إظهار ثمن المتفق عليه ثانياً: عقد المكره، ٥٦٤ - التعاقد بألفاظ لم توضع له، قصد الوصول إلى محظور لا يمكن الوصول إليه إلا بهذا العقد، ٥٦٥ - زواج المحلل، ٥٦٥ - بيع العينة، ٥٦٦ - الإجارة على عصير العنب لاتخاذه خمراً، موقف الفقهاء من العبارة والإرادة عند التعارض، ٥٦٧ - جدول يبين حالات الإرادة مع العبارة فى العقود والالتزامات. ٥٦٩ - القانون بين الإرادتين الظاهرة والباطنة.

المبحث الرابع : إرادة التعبير وإرادة الأثر.

٥٧٠ - الأحناف والتفرقة بين الاختيار والرضا، ٥٧٠ - الشافعية وتعاليمهم فى مبدأ جعلية الآثار وعدم تفريقهم بين الرضا والاختيار، عدم وجود درجة عندهم بين الصحة والبطلان فى العقود، توجيههم عبارة الهازل غير الصحيحة بعكس عبارة المخطئ، ٥٧١ - الفقه الحنبلى يتجه ناحية مبدأ سلطان الإرادة ولا

المبحث الثاني: أقسام العقد من ناحية وصفه.

المبحث الثالث: أقسام العقد من ناحية اتصاله بالزمن.

الفصل الخامس: العقد وعيوب الإرادة.

المبحث الأول: من يباشر العقد.

المبحث الثانى: عيوب الإرادة وأثرها فى العقد.

الفصل السادس: الشروط المقترنة بالعقد.

المبحث الأول: سلطة العاقد فى إنشاء الشروط.

المبحث الأول : انتقال الحق.

المبحث الثانى : انقضاء الحق.

الجرائم والعقوبات فى الفقه الإسلامى

الجريمة فى الفقه الإسلامى

العقوبة

كتب وبحوث للمؤلف

١ - الأزهر والفتاة مطبوع سنة ١٩٣٦ .

٢ - جمال الدين الأفغانى باعث النهضة الفكرية للشرق مطبوع سنة ١٩٣٧ .

٣ - الثائر جمال الدين الأفغانى طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية سنة ١٩٦١ .

٤ - المال والالتزام فى الفقه الإسلامى مطبوع سنة ١٩٥٣ مطبعة الإسكندرية .

٥ - الفقه الإسلامى مطبوع سنة ١٩٥٥ مطبعة الفجالة الجديدة .

٦ - تاريخ التشريع الإسلامى ونظرته إلى الأموال والعقود مطبوع سنة ١٩٥٦ مطبعة دار الهنا.

٧ - المقاصة فى الفقه الإسلامى (بحث مقارن) مطبوع سنة ١٩٥٦ مطبعة الفجالة الجديدة.

٨ - الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية مطبوع سنة ١٩٥٦ مطبعة الفجالة الجديدة.

٩ - نظرة الفقه الإسلامى للمعاملات المالية والأساس الذى تبنى عليه مطبوع سنة ١٩٥٧ مطبعة الفجالة الجديدة.

١٠ - الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما مطبوع سنة ١٩٥٧ بمطبعة مصر بالخرطوم.

١١ - المدارس الفقهية فى التشريع الإسلامى طبع مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٧ .

١٢ - الوصايا فى الفقه الإسلامى (الميراث وصية الله. وصية الإنسان) مطبوع سنة ١٩٥٨ مطبعة الفجالة الجديدة.

١٣ - مباحث الحكم عند الأصوليين مطبوع سنة ١٩٥٩ مطبعة لجنة البيان العربى.

١٤ - المدخل للفقه الإسلامى مطبوع ١٩٦٠ المطبعة العالمية.

١٥ - نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء (بحث مقارن) مطبوع سنة ١٩٦٣ المطبعة العالمية.

١٦ - التعريف بالفقه الإسلامى مترجم مطبوع بمعرفة المجلس الأعلى للفنون والآداب.

هذا عدا جملة أحكام قضائية ذات مبادئ منشورة بمجلة المحاماة الشرعية سنة ٥٢ ، ١٩٥٣، ومقالات فى موضوعات علمية فى مجلة الإسلام، ومجلة الأزهر، ومجلة القانون والاقتصاد.

دار المناهل للطباعة

في هذا الكتاب